Prof. Dr. A.K. Schnyder Frühjahrssemester 2015

Master-Veranstaltung Nr. 312

Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Materialien zur Lehrveranstaltung

**Veranstaltung vom: 19. und 26. Februar,
19. und 26. März, 16. und 23. April 2015**

Zürich 2015

Inhaltsverzeichnis

I. Produktehaftpflicht 1

- Urteil 4A_7/2007 des Bundesgerichts vom 18. Juni 2007 1

- BGE 133 III 81 9
- Pra 96 (2007) Nr. 93 (deutsche Übersetzung von BGE 133 III 81) 15

- Auszug aus dem Urteil ACJC/1240/2007 der Cour de la Justice GE vom 12. Oktober 2007 23

- BGE 137 III 226 29
- Pra 100 (2011) Nr. 116 (deutsche Übersetzung von BGE 137 III 226) 35

- Urteil 4A_365/2014; 4A_371/2014 des Bundesgerichts vom 5. Januar 2015 40

- Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produktehaftpflicht (Produktehaftpflichtgesetz, PrHG) 51

- Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (PrSG) 55

- WALTER FELLMANN: Inhalt und Tragweite des Produktesicherheitsgesetzes (PrSG) vom 12. Juni 2009, in: HAVE 2010, S. 3 ff. 63

- EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN: Überblick über das neue PrSG, in: Jusletter 10.5.2010 73

- Urteil 2C_13/2013 vom 5. September 2013 83

II. Haftung des Motorfahrzeughalters 91

- Auszug aus dem Strassenverkehrsgesetz (SVG) 91

- Urteil 6B_1009/2008 des Bundesgerichts vom 25. Februar 2009 107

- Urteil 4A_39/2012 des Bundesgerichts vom 23. April 2012 117

- BGE 138 III 276 123

- RALF-THOMAS WITTMANN, Kein Mitverschulden bei Nichttragen eines Fahrradhelms, Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs VI ZR 281/13 vom 17. Juni 2014, in: HAVE 2014, S. 275 f. 131

III. Regress/Koordination/Anspruchskonkurrenz 134

- Auszug aus dem Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) 134

- BGE 126 III 521 138

- BGE 119 II 289 140

- Urteil 4A_576/2010 des Bundesgerichts vom 7. Juni 2011 (= BGE 137 III 352 145

- Pra 96 (2007) Nr. 104 (deutsche Übersetzung von BGE 133 III 6) 159

- Auszug aus der Botschaft zu Via Secura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr, vom 20. Oktober 2010 184

- ASTRA/UVEK, Online-Information und Faktenblatt zu Via Sicura (Stand Februar 2015) 192

- Auszug aus dem Strassenverkehrsgesetz (SVG), Änderung vom 15. Juni 2012, AS 2012 6291 ff. 198

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_7/2007 /len

Urteil vom 18. Juni 2007
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien
X._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Fürsprecher Lukas Wyss,

gegen

A._____,
Beschwerdegegner,
vertreten durch Fürsprecher Gerhard Lanz.

Gegenstand
Art. 9 und 29 BV (Zivilprozess; Haftung; Kausalität),

Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des
Obergerichts des Kantons Bern, Appellationshof,
2. Zivilkammer, vom 16. Januar 2007.

Sachverhalt:
A.
A._____ (Beschwerdegegner) arbeitete seit Juli 1990 als Bauarbeiter. Am 15. Mai 1996 wurde er von einem Hund angefallen und in den Oberschenkel gebissen. Danach klagte er über Hitzegefühle, Schwindel, Übelkeit und Kopfschmerzen. Er wurde vom behandelnden Arzt für einige Tage arbeitsunfähig geschrieben. Der Arzt sagte als Zeuge aus, der Beschwerdegegner habe unerwartet heftig auf den Hundebiss reagiert, wobei die Beschwerden dem vegetativen Nervensystem zuzuordnen seien.
Noch während der Rekonvaleszenz erlitt der Beschwerdegegner am 6. Juni 1996 einen zweiten Unfall. Ein Lavasteingrill "Barbecue 6000" - hergestellt und vertrieben von der X._____ AG (Beschwerdeführerin) - fing Feuer, als er von einer Benutzerin auf dem Balkon in Betrieb genommen wurde. Das Feuer griff auf das Haus über. Der Beschwerdegegner, der im gleichen Haus wohnte, konnte sich zunächst in Sicherheit bringen, versuchte dann aber, zusammen mit anderen Hausbewohnern den Brand zu löschen. Dabei stürzte er von einem Balkongeländer rund 5 Meter in die Tiefe auf einen Vorplatz. Die Ärzte des Inselspitals Bern diagnostizierten eine Hirnerschütterung, eine Rückenkontusion sowie eine Unterlappenatelektase rechts. Läsionen oder Frakturen wurden nicht nachgewiesen, das initiale Computertomogramm des Gehirns war unauffällig. Der Beschwerdegegner klagte über Beschwerden,

welche die behandelnden Ärzte zusammenfassend als psychische, posttraumatische Belastungsstörung mit Konversionsneurose diagnostizierten. Organische Schäden oder objektiv medizinisch fassbare Behinderungen wurden ausgeschlossen.
Trotz multipler, umfassender Therapieversuche nahm der Beschwerdegegner seine Tätigkeit als Bauarbeiter nicht wieder auf. Er geht seit den beiden Unfällen keiner Erwerbstätigkeit mehr nach und lebt von einer Invalidenrente und einer Pensionskassenrente seines ehemaligen Arbeitgebers. Zudem wird er vom Sozialdienst Interlaken unterstützt. Die Suva erbrachte bis Anfang März 1997 Taggeldleistungen. Danach stellte sie die Leistungen ein mit der Begründung, die psychischen Beschwerden des Beschwerdegegners seien nicht mehr kausal auf das Unfallereignis zurückzuführen.
B.
B.a Am 31. August 2004 machte der Beschwerdegegner beim Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises XI Interlaken-Oberhasli gegen die Beschwerdeführerin teilklageweise seinen bisherigen Erwerbsausfall (Fr. 207'176.--, eventuell Fr. 99'324.--), den bisher entstandenen Haushaltsschaden (Fr. 87'245.--) sowie eine Genugtuung (Fr. 50'000.-- übersteigend) aus dem zweiten Unfallereignis vom 6. Juni 1996 geltend. Weitere Ansprüche behielt er sich vor.
Die Beschwerdeführerin schloss auf Klageabweisung und verlangte widerklageweise die Feststellung, dass dem Beschwerdegegner keine die Teilklage übersteigende Forderung zustehe.
Der Gerichtspräsident beschränkte das Verfahren auf die Fragen der Kausalität und der Verjährung. Mit Urteil vom 31. Oktober 2005 verneinte er die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zwischen einer allfälligen Fehlerhaftigkeit des Grills bzw. dem Grillbrand und dem zweiten Unfallereignis und wies die Klage ab (Ziffer 1). Die Widerklage wies er zurück (Ziffer 2).
B.b Dagegen appellierte der Beschwerdegegner an das Obergericht des Kantons Bern und beantragte die Aufhebung von Ziffer 1 des erstinstanzlichen Urteils und die Feststellung, dass das Unfallgeschehen vom 6. Juni 1996 für seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen kausal sei. Die Beschwerdeführerin schloss sich der Appellation an und verlangte die Bestätigung von Ziffer 1 und die Aufhebung von Ziffer 2 des erstinstanzlichen Urteils und die vollumfängliche Gutheissung des Widerklagebegehrens.
Mit Urteil vom 16. Januar 2007 hob das Obergericht, Appellationshof, 2. Zivilkammer, das erstinstanzliche Urteil vollumfänglich auf und wies die Sache zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurück (Dispositiv Ziffer 1). Es stellte fest, dass der Grillbrand für das Unfallgeschehen vom 6. Juni 1996 und dieses wiederum für die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdegegners natürlich und adäquat kausal seien (E. III/B/4 ff., Dispositiv Ziffer 2). Sodann wies es die Vorinstanz an, auf die Widerklage einzutreten und das Widerklagebegehren materiell zu prüfen (Dispositiv Ziffer 3). Die erstinstanzlichen Kosten schlug es zur Hauptsache (Dispositiv Ziffer 4) und entschied über die obergerichtlichen Gerichts- und Parteikosten (Dispositiv Ziffern 5 und 6).
C.
Die Beschwerdeführerin erhob Beschwerde in Zivilsachen mit dem Antrag, der Entscheid des Obergerichts vom 16. Januar 2007 sei bezüglich seiner Ziffern 1, 2, 4-6 aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.
Der Beschwerdegegner beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid am 16. Januar 2007 ergangen ist, richtet sich das Verfahren nach dem BGG (Art. 132 Abs. 1 BGG).

2.
Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 132 III 291 E. 1).
2.1 Die Beschwerde (in Zivilsachen) ist zulässig gegen Endentscheide, mithin solche, die das Verfahren abschliessen (Art. 90 BGG). Sie ist ferner zulässig gegen Teilentscheide. Als solcher gilt ein Entscheid, der nur einen Teil der gestellten Begehren behandelt, wenn diese Begehren unabhängig von den anderen beurteilt werden können, oder der das Verfahren nur für einen Teil der Streitgenossen abschliesst (Art. 91 BGG).
Der vorliegend angefochtene Entscheid schliesst das Verfahren nicht ab. Es handelt sich demnach nicht um einen Endentscheid, ebenso wenig um einen Teilentscheid, weist er doch die Sache sowohl betreffend die Hauptklage als auch betreffend die Widerklage zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurück. Er behandelt bloss eine materielle Vorfrage, nämlich diejenige des Kausalzusammenhangs als eine der Haftungsvoraussetzungen. Damit erweist er sich als Zwischenentscheid (vgl. BGE 132 III 785 E. 2).
2.2 Gegen einen Zwischenentscheid, der - wie der vorliegende - nicht eine Frage der Zuständigkeit oder des Ausstands behandelt, ist die Beschwerde nur in zwei Fällen zulässig: Erstens, wenn der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Dies trifft vorliegend offensichtlich nicht zu und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Zweitens, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Damit hat der Gesetzgeber die Vorschrift von Art. 50 OG übernommen (vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., 4334 [im Folgenden: "Botschaft"]). Die diesbezügliche Rechtsprechung behält demnach Geltung.
Nach dieser Rechtsprechung bildet die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden aus prozessökonomischen Gründen eine Ausnahme, die restriktiv zu handhaben ist. Dies umso mehr, als die Parteien keiner Rechte verlustig gehen, wenn sie einen Zwischenentscheid nicht selbständig anfechten, können sie ihn doch mit dem Endentscheid anfechten, soweit er sich auf dessen Inhalt auswirkt (Art. 93 Abs. 3 BGG). Das Bundesgericht prüft nach freiem Ermessen, ob die Voraussetzung nach Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG, dass bei einer Gutheissung der Beschwerde ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann, erfüllt ist (vgl. BGE 118 II 91 E. 1a S. 92).
Auf eine Beschwerde ist von vornherein nicht einzutreten, wenn der Beschwerdeführer überhaupt nicht dartut, weshalb die Voraussetzungen von Art. 93 BGG erfüllt seien und die Eintretensfrage schlechthin ignoriert. Wenn er aber geltend macht, die Voraussetzung des Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG sei erfüllt, ist zu differenzieren: Geht bereits aus dem angefochtenen Urteil oder der Natur der Sache hervor, dass ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erforderlich sein wird, darf auf lange Ausführungen verzichtet werden. Andernfalls hat der Beschwerdeführer im Einzelnen darzutun, welche Tatfragen offen sind und welche weitläufigen Beweiserhebungen in welchem zeitlichen und kostenmässigen Umfang erforderlich sind. Zudem hat er unter Aktenhinweis darzulegen, dass er die betreffenden Beweise im kantonalen Verfahren bereits angerufen oder entsprechende Anträge in Aussicht gestellt hat (BGE 118 II 91 E. 1a S. 92; Urteil 4A.35/2007 vom 2. Mai 2007 E. 2).
2.2.1 Was die Voraussetzung betrifft, dass das Bundesgericht bei einer Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid fällen könnte, würde die Gutheissung der Beschwerdeanträge vorliegend hauptsächlich bedeuten, dass der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Grillbrand und den gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdegegners verneint und damit die Klage abgewiesen würde. Hinsichtlich der Hauptklage würde damit ein Endentscheid herbeigeführt. Damit wäre aber noch nicht über die Widerklage entschieden, mit der die Beschwerdeführerin zur Beseitigung des gegnerischen Nachklagevorbehalts die negative Feststellung verlangt hatte, dass dem Beschwerdegegner keine die von ihm erhobene

Teilklage übersteigende Forderung zusteht. Die Ziffer 3 des obergerichtlichen Entscheids, welche die Erstinstanz anweist, auf die Widerklage einzutreten und das Widerklagebegehren materiell zu prüfen, hat die Beschwerdeführerin nicht angefochten, obwohl sie es an sich in der Hand gehabt hätte, auch die Aufhebung dieser Entscheidziffer und die Gutheissung der Widerklage zu beantragen. Dem Bundesgericht ist es daher wegen der Bindung an die Parteianträge (Art. 107 Abs. 1 BGG) verwehrt, über das Schicksal der Widerklage zu entscheiden und das Verfahren bleibt daher bezüglich der Widerklage vor der ersten Instanz, an die das Verfahren von der Vorinstanz insoweit zurückgewiesen wurde, hängig. Mit Bezug auf das gesamte Verfahren gesehen würde der bundesgerichtliche Entscheid daher lediglich einen Teilentscheid darstellen und nicht einen Endentscheid.
Ein solcher Teilentscheid des Bundesgerichts ist indessen - unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen kantonale Teilentscheide im Hinblick auf die Zulassung ihrer selbständigen Anfechtung nach Art. 91 BGG einem Endentscheid gleichgestellt werden - einem Endentscheid gleichzustellen. Ein solcher Fall liegt namentlich vor, wenn der Entscheid - wie hier - lediglich einen Teil der im Verfahren gestellten Rechtsbegehren behandelt, sofern diese unabhängig von den anderen beurteilt werden, mithin Gegenstand eines selbständigen Verfahrens hätten bilden können (echter Teilentscheid im Falle der objektiven Klagenhäufung; Art. 91 lit. a BGG; Botschaft, a.a.O., S. 4332; von Werdt, in Seiler/von Werdt/Güngerich, Kommentar zum BGG, Bern 2007, N. 3 zu Art. 91 BGG). Bei einem Entscheid über eine Teilklage, wie er im vorliegenden Verfahren beantragt wird, trifft dies durchwegs zu, so dass der bei einer Gutheissung der vorliegenden Beschwerde ergehende endgültige Entscheid über die Teilklage (Hauptklage) als Endentscheid anzusehen wäre (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 4333), auch wenn er nur das selbständige Hauptklagebegehren endgültig erledigen kann. Die Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG, wonach die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen kann, ist damit als erfüllt zu betrachten.
Aus prozessökonomischer Sicht ist dabei weiter zu berücksichtigen, dass vorliegend die Erwägungen des Bundesgerichts im Falle der Gutheissung der Beschwerde wegen Verneinung des adäquaten Kausalzusammenhanges faktisch auch für die Beurteilung der Widerklage verbindliche Wirkung entfalten würden:
Zwar würde das Bundesgericht die Hauptklage diesfalls abweisen, und erginge weder für die Haupt- noch für die Widerklage ein Rückweisungsentscheid, an dessen rechtliche Begründung die kantonale Instanz bei der Neubeurteilung gebunden wäre (vgl. dazu der nicht mehr in Kraft stehende Art. 66 OG, dessen Regelung auch unter dem BGG weiter gilt [Botschaft, a.a.O., S. 4346]; BGE 133 III 201 E. 4.2; 125 III 421 E. 2a S. 423; 116 II 220 E. 4a, je mit Hinweisen). Da die Widerklage sich gegen Forderungen richtet, die vom Beschwerdegegner aus dem selben Ereignis abgeleitet werden, würde indessen eine abweichende Beurteilung der Adäquanzfrage im Rahmen des Entscheids über die Widerklage, d.h. eine den adäquaten Kausalzusammenhang bejahende Entscheidung - vorbehältlich neuer tatsächlicher Grundlagen, soweit deren Einbringung in das Verfahren nach dem kantonalen Prozessrecht noch zulässig ist - einen unauflösbaren Widerspruch zur Begründung des Bundesgerichts für die Abweisung der Hauptklage schaffen. Ein entsprechendes Urteil wäre leicht anfechtbar und könnte keinen Bestand haben. Mit anderen Worten verbliebe der ersten Instanz bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde faktisch kaum eine andere Möglichkeit als auch die Widerklage gutzuheissen. - Ein diesbezüglicher Nichteintretensentscheid, wie ihn der erstinstanzlich entscheidende Gerichtspräsident am 31. Oktober 2005 gefällt hat, wäre dagegen nicht angebracht, da die Beschwerdeführerin angesichts des nicht identischen Streitgegenstands von Klage und Widerklage (vgl. zum Begriff des Streitgegenstands Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, S. 215 Rz. 16 ff.; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, Rz. 374 ff., 392) nach wie vor ein Interesse an der mit der Widerklage begehrten Feststellung hat.

2.2.2 Zur Frage, ob ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart würde, legt die Beschwerdeführerin lediglich dar, dass sich ein äusserst "umfangreiches und komplexes Prüfungsprogramm" ergeben würde. So wäre ihren Ausführungen nach die medizinisch komplexe Frage zu klären, inwieweit die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit bzw. Beeinträchtigung des Beschwerdegegners zur Führung des Haushalts unter Berücksichtigung von Fremdfaktoren und der im Zeitpunkt des Zweitunfalls bestehenden Arbeitsunfähigkeit unfallkausal wäre. Ferner wäre das Ausmass des Erwerbs- und Haushaltsschadens sowie der Genugtuung festzusetzen. Der erstinstanzliche Entscheid unterläge wieder der Anfechtung an das Obergericht und das Bundesgericht. Damit sei ein erheblicher Aufwand für die Parteien und die Gerichte verbunden.
Mit diesen Ausführungen geht die Beschwerdeführerin nur rudimentär auf den eigentlichen Darlegungsgegenstand, nämlich dass ein weitläufiges Beweisverfahren erspart würde, ein. Indessen geht aus den von ihr angerufenen Aktenstellen ohne weiteres hervor, dass die Feststellung der strittigen tatsächlichen Grundlagen für den Entscheid über die erhobenen Ansprüche ein mit erheblichem Aufwand verbundenes Beweisverfahren erfordern würde, wenn das Verfahren gemäss dem angefochtenen Urteil des Obergerichts fortgeführt werden müsste. Auch die entsprechende Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ist demnach erfüllt und die Beschwerde erweist sich insofern als zulässig.
3.
Der Beschwerdegegner belangt die Beschwerdeführerin gestützt auf das Produktehaftpflichtgesetz (PrHG; SR 221.112.944). Nach Art. 1 Abs. 1 lit. a PrHG haftet die herstellende Person (Herstellerin) für den Schaden, wenn ein fehlerhaftes Produkt dazu führt, dass eine Person getötet oder verletzt wird. Soweit das Produktehaftpflichtgesetz nichts anderes vorsieht, gelten die Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 11 Abs. 1 PrHG).
Von den Haftungsvoraussetzungen wurde von der Vorinstanz einzig diejenige des Kausalzusammenhangs zwischen dem defekten Grill bzw. dem Grillbrand und dem Unfallereignis einerseits und zwischen dem Unfallereignis und den gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdegegners andererseits beurteilt und bejaht. Die Beschwerdeführerin bestreitet sowohl den natürlichen wie auch den adäquaten Kausalzusammenhang. Zu prüfen ist mithin, ob die behauptete Fehlerhaftigkeit des Grills in einem natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zu den psychischen Beschwerden des Beschwerdegegners steht.
4.
Ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht dann, wenn das schädigende Verhalten bzw. hier der behauptete Produktefehler für den eingetretenen Schaden eine notwendige Bedingung bildet (conditio sine qua non), d.h. nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiele (BGE 132 III 715 E. 2.2; 128 III 180 E. 2d S. 184; 125 IV 195 E. 2b; 117 V 369 E. 3a S. 376; 96 II 393 E. 1 S. 396). Ob ein natürlicher Kausalzusammenhang gegeben ist, beschlägt die tatsächlichen Verhältnisse (BGE 132 III 715 E. 2.2; 130 III 591 E. 5.3 mit Hinweisen). Das Bundesgericht ist an die diesbezüglichen Feststellungen des Sachgerichts - unter Vorbehalt der in Art. 97 bzw. Art. 105 Abs. 2 BGG genannten Ausnahmen - gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG).
Die Vorinstanz bejahte den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis vom 6. Juni 1996 und der psychischen Beeinträchtigung des Beschwerdegegners. Sie stützte sich dabei auf die fachärztlichen Feststellungen, wonach der Sturz nicht spurlos am Beschwerdegegner vorbeigegangen sei. Gemäss dem behandelnden Arzt habe der Beschwerdegegner nach dem Zweitunfall über neue Symptome geklagt und die bereits vorhandenen Beschwerden hätten sich intensiviert. Nach dem Brand sei nach Aussage des Arztes ein eigentlicher "Sprung" zu verzeichnen gewesen, namentlich hinsichtlich Muskelverkrampfungen, zumal der Beschwerdegegner vor dem Zweitunfall nie über schmerzhafte Verspannungen geklagt habe. Der Hundebiss und der psychische Druck, der auf dem Beschwerdegegner laste, könnten, so die Vorinstanz, die gesundheitliche Beeinträchtigung des Beschwerdegegners

begünstigt haben. Die heutigen Beschwerden seien aber durch den Zweitunfall zumindest mit verursacht worden. Dass ein natürlicher Kausalzusammenhang aus medizinischer Sicht bejaht werden müsse, habe auch der Kreisarzt der SUVA ausdrücklich bestätigt.
Die Beschwerdeführerin rügt, dadurch dass die Vorinstanz die umfangreichen medizinischen und fremdenpolizeilichen Akten bei der Prüfung der natürlichen Kausalität (sowie der Adäquanz) schlicht ausser Acht gelassen habe, habe sie das rechtliche Gehör (Begründungspflicht) verletzt und den Sachverhalt willkürlich gewürdigt.
Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, da es - wie zu zeigen sein wird - ohnehin an der Adäquanz des Kausalzusammenhanges zwischen der behaupteten Fehlerhaftigkeit des Grills und dem zweiten Unfallereignis fehlt.
5.
Die Frage nach der Adäquanz des Kausalzusammenhangs ist rechtlicher Natur und unterliegt der freien Prüfung des Bundesgerichts (vgl. BGE 132 III 715 E. 2.2; 116 II 519 E. 4a S. 524).
5.1 Ein Ereignis gilt als adäquate Ursache eines Erfolgs, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolgs also durch das Ereignis als allgemein begünstigt erscheint. Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz bildet die Begrenzung der Haftung; es soll aufgrund sämtlicher Umstände im Einzelfall (Art. 4 ZGB) entschieden werden, ob eine Schädigung billigerweise noch dem Haftpflichtigen zugerechnet werden kann (BGE 123 III 110 E. 3a mit Verweisen). Dabei genügt haftpflichtrechtlich, dass der Schädiger eine Schadensursache gesetzt hat, ohne die es nicht zum Schaden gekommen wäre, während Mitursachen wie etwa die konstitutionelle Prädisposition der geschädigten Person den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel weder zu unterbrechen noch auszuschliessen vermögen (BGE 123 III 110 E. 3c S. 114 f.; 113 II 86 E. 1b S. 89 f.).
5.2 Die Vorinstanz erwog, die Kausalkette führe vom Betrieb des Grills zum Brand, der einen Löschversuch mit Unfall nach sich gezogen habe, woraus schliesslich die psychische Schädigung des Klägers resultiere. Ein solches Geschehen mute nicht exotisch an, könne doch ein Grill ohne weiteres Feuer fangen und einen Brand auslösen. Dass sodann beherzte Menschen bei der Feuerbekämpfung mithelfen würden, erscheine ebenso wenig aussergewöhnlich wie ein damit zusammenhängendes Unfallgeschehen. In einer solchen Situation könne auch nicht von einem groben Selbstverschulden des Geschädigten gesprochen werden. Selbst wenn dem Beschwerdegegner zunächst die Rettung vor dem Feuer gelungen sein sollte, entspreche es der natürlichen Reaktion jedes anständigen Menschen, anderen sich noch in Gefahr befindenden Personen zu helfen. Solange sich jedenfalls noch andere Personen im brennenden Haus aufhielten, sei damit zu rechnen, dass sich jemand zu einer - wenn auch gefährlichen - Rettungsaktion entschliesse.
5.3 Die Beschwerdeführerin rügt eine offensichtlich unzutreffende Sachverhaltswürdigung und Verletzung der Beweisregel von Art. 8 ZGB bei der Feststellung des Unfallhergangs. Insbesondere sei die Annahme offensichtlich aktenwidrig, der Beschwerdegegner habe einen Rettungsversuch zugunsten anderer Personen unternommen. Davon sei in den Akten nirgends die Rede. Der Beschwerdegegner habe auch nie behauptet, er sei davon ausgegangen, es befänden sich noch zu rettende Personen im brennenden Haus. Die entsprechende Annahme sei von der Vorinstanz frei erfunden.
Die Vorinstanz stützte sich zur Klärung des Unfallgeschehens auf den Polizeirapport vom 14. Juni 1996, nachdem der Beschwerdegegner keine Angaben zum Unfallhergang habe machen können und keine Zeugen dazu einvernommen worden seien. In diesem Polizeirapport wird zwar erwähnt, dass das Kind von Frau B._____, welche den Grill auf dem Balkon ihrer Wohnung in Betrieb genommen hatte, zur Zeit des Brandausbruchs in einem Zimmer schlief. Dass der Beschwerdegegner von der Existenz dieses Kindes gewusst hatte und dieses retten wollte, geht indes mit keinem Wort daraus hervor. Bezüglich des Beschwerdegegners heisst es im Polizeirapport:

"A._____, welcher im gleichen Haus im 2. Stock wohnt und derzeit unfallbedingt arbeitsunfähig ist, schlief in seinem Zimmer. Er erwachte ob des Lärms und der Hektik bei der Familie B._____ unten, und er eilte zu Hilfe. Mit weiteren am Brandplatz eintreffenden Leuten zusammen versuchte er mit einem Gartenschlauch den Brand zu bekämpfen. Dabei stieg er im 1. Stock auf das Balkongeländer und stürzte etwa aus 5 m Höhe auf den Vorplatz hinunter."
Damit ist in der Tat nicht nachvollziehbar, gestützt worauf die Vorinstanz eine Rettungsaktion zugunsten anderer Personen annimmt. Bei der Lektüre der entsprechenden Passage des angefochtenen Entscheids fällt denn auch auf, dass die Vorinstanz nicht konkret bezogen auf den Beschwerdegegner ausführt, er habe ein Kind retten wollen, sondern allgemein formuliert, jeder anständige Mensch helfe anderen sich in Gefahr befindenden Personen. Letztlich ist es aber für die hier zu beurteilende Frage der Adäquanz nicht ausschlaggebend, ob der Beschwerdegegner beim Löschungsversuch im Bestreben mithalf, weiteren Sachschaden zu verhindern oder auch Personen zu retten. Dieses Element beschlägt das Motiv seines Handelns und beantwortet nicht die Frage nach der Ursächlichkeit des bei seinem Handeln erlittenen Unfalls. Deshalb kann offen bleiben, ob die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen begründet sind.
5.4 Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz steht fest, dass der Beschwerdegegner nicht unmittelbar durch den wegen des defekten Grills ausgelösten Brand verletzt wurde. Ebenso wenig stürzte er, als er sich vor dem Brand in Sicherheit brachte. Vielmehr entschloss er sich aus freien Stücken, (zusammen mit anderen Personen) den Brand mit einem Gartenschlauch zu bekämpfen. Mit seinem Entschluss, den Brand zu bekämpfen, setzte er eine selbständige Ursache, in deren Verlauf sich der Unfall ereignete. Dieser Unfall kann bei wertender Betrachtung billigerweise nicht mehr dem Hersteller des fehlerhaften Grills zugerechnet werden. Wenn die Vorinstanz argumentiert, es sei nicht aussergewöhnlich, dass beherzte Menschen bei der Feuerbekämpfung mithelfen, so kann damit noch nicht die Adäquanz im vorliegenden Fall begründet werden. Ansonsten müsste von vornherein in jedem Fall ein Schaden, den jemand beim Versuch erleidet, einem anderen zu helfen bzw. die Schädigung eines anderen abzuwenden, dem Verursacher jener Schädigung zugerechnet werden. Eine solchermassen generalisierende Zurechnung führte zu keiner vernünftigen Begrenzung der Haftung. Entsprechend verneinte das Bundesgericht die Adäquanz in einem Fall, in dem ein Hund ein Mädchen verfolgte, und der zu Hilfe eilende Vater stolperte und sich das Bein brach (Urteil vom 10. Februar 1959, zit. bei Brehm, Berner Kommentar, N. 138a und N. 144 zu Art. 41 OR). Ebenso verwarf es im Rahmen einer Tierhalterhaftung die Adäquanz für den Sturz eines Mannes, den dieser unterwegs zum Versuch erlitt, zwei aufeinander losgehende Kühe zu trennen (BGE 67 II 119 E. 3 S. 123). Aus der kantonalen Rechtsprechung ist der Fall zu erwähnen, bei dem ein Brand zwar infolge eines Werkmangels ausgebrochen war, die Schädigung (Tod eines Feuerwehrmannes) aber bei der Brandbekämpfung eintrat; auch hier wurde die Adäquanz verneint (Urteil des Obergerichts Thurgau vom 27. März 1945, SJZ 1947 S. 159; zit. bei Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1995, § 3 N. 30).
Die Vorinstanz hat deshalb den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem durch den defekten Grill verursachten Brand und dem Unfallereignis vom 6. Juni 1996 bundesrechtswidrig bejaht. Dies rügt die Beschwerdeführerin zu Recht.
5.5 Nachdem es am adäquaten Kausalzusammenhang fehlt, entfällt bereits aus diesem Grund eine Haftung der Beschwerdeführerin und die Klage ist abzuweisen. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen.
6.
Die Beschwerde ist gutzuheissen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdegegner kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Die

Sache ist sodann zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, vom 16. Januar 2007 wird in den Dispositivziffern 1, 2, 4-6 aufgehoben und die Klage abgewiesen.
2.
Die Sache wird zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.-- wird dem Beschwerdegegner auferlegt.
4.
Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 8'000.-- zu entschädigen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 18. Juni 2007
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

8. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile dans la cause X. contre Y. AG (recours en réforme) 4C.298/2006 du 19 décembre 2006

Regeste

Produktehaftpflicht; Mangel (Art. 4 PrHG); Beweis.
Begriff des Mangels. Beweislastverteilung (E. 3).
Der Geschädigte hat nicht die Ursache des Mangels zu beweisen, sondern es genügt, wenn er aufzeigt, dass das Produkt die berechtigten Sicherheitserwartungen des durchschnittlichen Konsumenten nicht erfüllte. Kommt es im Zusammenhang mit dem Gebrauch eines Produktes zu einem Unfall, beurteilt sich der Beweis des Geschehensablaufs, der zum Unfall geführt hat, im Prinzip nach dem Gesichtspunkt der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (E. 4).

Sachverhalt ab Seite 82

BGE 133 III 81 S. 82

A. En mars 2000, X. a acheté une cafetière à filtre de marque V., modèle U., dans un magasin genevois.
En 1999, Y. AG avait importé en Suisse environ 15'000 cafetières du même modèle auprès de B. Ltd, à Hong-Kong. Le mode d'emploi joint à l'appareil contenait les "consignes de sécurité et avis importants" suivants:
"Evitez de faire tomber l'appareil ou de l'exposer à des chocs violents. Ne posez jamais la carafe sur une surface froide ou mouillée lorsqu'elle est encore chaude, car le verre risquerait de se briser. Lorsque la poignée commence à se détacher de la carafe - ou si le verre est endommagé - remplacez la carafe immédiatement par un modèle équivalent."
Avant son exportation, le modèle U. avait subi avec succès des contrôles de qualité.
Le 8 juin 2001, X. a invité à dîner E. ainsi que les époux D. A la fin du repas, elle s'est rendue à la cuisine pour préparer du café au moyen de la cafetière précitée; les invités sont restés dans la salle à manger. Selon ses explications, elle a posé la carafe en verre contenant le café tiré sur le plan de travail en stratifié et y a placé le couvercle; le pot a alors explosé et elle a été sérieusement blessée à la main gauche. Conduite immédiatement à l'Hôpital cantonal de Genève, X. a subi une intervention chirurgicale. De retour chez elle le lendemain, elle a constaté que les invités avaient nettoyé la cuisine et jeté les débris de verre à la poubelle.
Le compte-rendu opératoire fait état d'une plaie par verre de la paume de la main gauche avec section sub-totale du muscle fléchisseur profond et section du nerf collatéral radial de l'annulaire entraînant des troubles de la sensibilité au niveau de ce doigt. Par la suite, la patiente, qui est gauchère, a consulté plusieurs médecins pour tenter de remédier aux douleurs et handicaps ressentis lors de l'usage de sa main gauche.

B. Le 17 novembre 2003, X. a assigné Y. AG, producteur de la cafetière, en paiement de 720'948 fr. 70, plus intérêts, soit 66'634 fr. 15 à titre d'indemnisation du dommage concret, 7'876 fr. 80 en réparation du tort moral et 646'437 fr. 75 à titre de compensation du dommage futur capitalisé. L'action était fondée sur la loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP; RS 221.112.944).
BGE 133 III 81 S. 83
Par jugement du 13 octobre 2005, le Tribunal de première instance du canton de Genève a débouté la demanderesse de ses conclusions.

Statuant le 23 juin 2006 sur appel de X., la Chambre civile de la Cour de justice a confirmé le jugement de première instance.

C. X. a interjeté un recours en réforme contre l'arrêt cantonal.
Le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé la décision entreprise et renvoyé la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision.

Erwägungen

Extrait des considérants:

3. A l'instar de la directive européenne 85/374/CE du 25 juillet 1985, qui l'a très largement inspirée, la LRFP institue une responsabilité sans faute, fondée sur le seul défaut du produit (FRANZ WERRO, La responsabilité civile, n. 705/706, p. 184/185; GILLES PETITPIERRE, Genèse d'une nouvelle réglementation, in Responsabilités objectives, Journée de la responsabilité civile 2002, p. 23/24). Le défaut joue donc un rôle capital dans la responsabilité du fait des produits (HANSJÖRG SEILER, in Münch/Geiser [éd.], Schaden - Haftung - Versicherung, n. 19.23, p. 948; CATHERINE WENIGER, La responsabilité du fait des produits pour les dommages causés à un tiers au sein de la Communauté Européenne, thèse Lausanne 1994, p. 122; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, Grundriss der Produktehaftpflicht, n. 172, p. 72).

3.1 Aux termes de l'art. 4 al. 1 LRFP, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances, et notamment de sa présentation (let. a), de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu (let. b) et du moment de sa mise en circulation (let. c). Cette définition a été reprise, quasiment mot pour mot, de l'art. 6 al. 1 de la directive 85/374/CE. Comme les considérants introductifs à cette directive le précisent, la responsabilité du fait des produits tend à protéger le "consommateur contre les dommages causés à sa santé et à ses biens par un produit défectueux" (considérant 1). Par conséquent, le défaut se détermine "en fonction non pas de l'inaptitude du produit à l'usage, mais du défaut de sécurité à laquelle le grand public peut légitimement s'attendre", avec la précision que "cette sécurité s'apprécie en excluant tout usage abusif du produit, déraisonnable dans les circonstances" (considérant 6); il s'agit en effet également d'instaurer "une juste répartition des risques entre la victime et le producteur" (considérant 7). Vu l'analogie évidente entre la directive
BGE 133 III 81 S. 84
européenne et la loi suisse, ces considérations sont également valables pour déterminer le but visé par la LRFP.
L'absence de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre est une notion juridique indéterminée. Il appartient au juge de fixer dans chaque cas particulier le degré de sécurité qu'un produit doit offrir, en fonction de toutes les circonstances (FELLMANN, Basler Kommentar, 3e éd., n. 2 ad art. 4 LRFP; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3e éd., n. 1190, p. 266/267; ANDREAS E. BORSARI, Schadensabwälzung nach dem schweizerischen Produktehaftpflichtgesetz, thèse Zurich 1998, p. 110; HANS-JOACHIM HESS, Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz, 2e éd., n. 4 ad art. 4 LRFP, p. 240; LUKAS WYSS, Der Fehlerbegriff im schweizerischen Produktehaftpflichtgesetz, in recht 14/1996 p. 119; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n. 185, p. 76). Le pronom "on" figurant à l'art. 4 al. 1 LRFP renvoie aux expectatives de sécurité du consommateur moyen, et non à celles du lésé ou d'un groupe déterminé d'usagers particulièrement qualifiés ou, à l'inverse, inexpérimentés. La sécurité attendue dans un cas donné s'apprécie ainsi de manière objective (ERDEM BÜYÜKSAGIS, La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits,

thèse Fribourg 2005, p. 248-250; WERRO, op. cit., n. 749, p. 194; REY, op. cit., n. 1190, p. 266; HESS, op. cit., n. 7 ss ad art. 4 LRFP, p. 241 ss; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n. 182/183, p. 75).
Pour le surplus, le juge doit tenir compte de "toutes les circonstances". L'art. 4 al. 1 LRFP en mentionne expressément trois, qui revêtent une importance particulière (REY, op. cit., n. 1190, p. 267; BORSARI, op. cit., p. 119; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n. 207, p. 82).
La présentation du produit (let. a) comprend notamment les instructions fournies par le producteur. A cet égard, l'attention du consommateur doit être clairement attirée sur les dangers prévisibles liés à l'utilisation du produit, ainsi que sur la manière de prévenir tout dommage (REY, op. cit., n. 1192, p. 267; BORSARI, op. cit., p. 127; HESS, op. cit., n. 66-68, p. 265/266; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n. 240-245, p. 91/92). Ce devoir d'information ne constitue toutefois pas une alternative à l'obligation du producteur de concevoir et de fabriquer des produits sûrs (FELLMANN, op. cit., n. 15 ad art. 4 LRFP; BORSARI, op. cit., p. 132; WYSS, op. cit., p. 114; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n. 247, p. 93; cf. également
BGE 133 III 81 S. 85
WERRO, op. cit., n. 762, p. 197). Ainsi, pour les produits d'usage courant dont le public attend une sécurité de base déterminée, le producteur ne pourra par avance se libérer de sa responsabilité en apposant sur le produit un avertissement sur un danger précis (cf. art. 8 LRFP; FELLMANN, op. cit., n. 15 ad art. 4 LRFP; BORSARI, op. cit., p. 132); que l'on songe par exemple au risque d'explosion d'une bouteille en verre contenant de l'eau minérale gazeuse (FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n. 248, p. 93/94).
Un autre critère à appliquer par le juge est celui de l'usage qui peut être raisonnablement attendu du produit (art. 4 al. 1 let. b LRFP). Cette notion recouvre non seulement l'utilisation conforme au but du produit, mais également un autre usage (" *Fehlgebrauch* "), avec lequel le producteur doit raisonnablement compter (par exemple, l'emploi d'une chaise comme un escabeau). En revanche, la responsabilité du fait des produits n'entre pas en ligne de compte en cas d'usage abusif (*Missbrauch* ; par exemple, le séchage d'un chien dans un four à micro-ondes) (REY, op. cit., n. 1194 et n. 1195, p. 267/268; BORSARI, op. cit., p. 139 ss; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n. 257 à 264, p. 96-98).
La troisième circonstance citée à l'art. 4 al. 1 LRFP est le moment de la mise en circulation du produit (let. c). Si un produit défectueux a causé un dommage, la loi présume toutefois que le défaut existait déjà lors de la mise en circulation (cf. art. 5 al. 1 let. b LRFP; REY, op. cit., n. 1211, p. 272).
Parmi les critères non mentionnés expressément à l'art. 4 al. 1 LRFP, les normes techniques et les prescriptions de sécurité pourront également jouer un rôle dans l'appréciation du défaut; en effet, le consommateur moyen peut s'attendre à ce que le producteur applique ces normes et assure ainsi au produit concerné une sécurité de base (FELLMANN, op. cit., n. 27 ad art. 4 LRFP; REY, op. cit., n. 1199, p. 268).

3.2 La doctrine distingue généralement les défauts selon leur origine (cf. également arrêt 4C.307/2005 du 25 janvier 2006, consid. 3). Il y a défaut de fabrication (*Fabrikationsfehler*) lorsqu'une erreur intervient dans le processus de fabrication d'un produit en soi bien conçu (WERRO, op. cit., n. 755, p. 196; SEILER, op. cit., n. 19.6, p. 940; HESS, op. cit., n. 37, p. 253). Tel est le cas de la micro-fissure dans le verre d'une bouteille d'eau minérale gazeuse, même si cette conséquence est statistiquement inévitable sur un certain nombre d'unités (" *Ausreisser* "; BGH allemand, jugement du 9 mai 1995, in NJW 1995
BGE 133 III 81 S. 86
p. 2162; BÜYÜKSAGIS, op. cit., p. 285/286). Un autre exemple de défaut de fabrication est celui de la rupture d'un anneau de suspension inséré dans l'armature d'une dalle en béton

préfabriquée, alors qu'une grande quantité de dalles identiques avait déjà été fabriquée et que les anneaux de suspension n'avaient jamais posé problème (cf. ATF 110 II 456).
Le défaut de conception (*Konstruktionsfehler*) réside dans la façon dont le produit a été pensé (WERRO, op. cit., n. 757, p. 196); tel qu'il a été conçu, le produit comporte une propriété qui le rend dangereux en cas d'utilisation conforme à son but ou en cas d'un autre usage auquel le producteur devait raisonnablement s'attendre (SEILER, op. cit., n. 19.26, p. 949; HESS, op. cit., n. 22, p. 248). Un exemple de défaut de conception ressort de l'arrêt C.564/1984 du 14 mai 1985: une chaise de dentiste avait cédé sous le poids d'un patient parce que les rivets utilisés pour fixer les parties mobiles de la chaise étaient composés d'un métal n'offrant pas une résistance mécanique suffisante à l'usure.
Le défaut de présentation (*Instruktionsfehler*) affecte le produit qui n'est pas assorti d'une information appropriée sur les risques qu'il fait courir au consommateur (WERRO, op. cit., n. 759, p. 197; PLÜSS/ JETZER, Die Produktehaftpflicht, n. 120, p. 46/47).
La LRFP n'opère aucune distinction selon la cause du défaut. C'est dire que les différentes catégories de défaut susmentionnées n'ont pas de valeur normative (REY, op. cit., n. 1202, p. 269; FELLMANN, op. cit., n. 4 ad art. 4 LRFP; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n. 202, p. 81; d'un autre avis: HESS, op. cit., n. 21, p. 247). Elles n'en sont pas pour autant inutiles, car elles peuvent permettre au juge de mieux appréhender l'état de fait qui lui est soumis (PLÜSS/JETZER, op. cit., n. 115, p. 45).

3.3 Contrairement à la directive 85/374/CE (cf. art. 4), la LRFP ne contient pas une disposition qui met la preuve du défaut à la charge de la victime. En droit suisse de la responsabilité du fait des produits, cette répartition du fardeau de la preuve résulte toutefois du principe général posé à l'art. 8 CC (PIERRE WESSNER, Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux, in Responsabilités objectives, Journée de la responsabilité civile 2002, p. 68; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n. 176, p. 73). En soi, le dommage ne prouve pas le défaut du produit (WYSS, op. cit., p. 111). Il n'en demeure pas moins que s'il
BGE 133 III 81 S. 87
établit que le produit a joué un rôle dans la survenance du dommage, le lésé aura apporté un indice significatif de l'existence d'un défaut, en vertu de l'adage "res ipsa loquitur" (WESSNER, op. cit., p. 68 in fine; cf. également FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n. 178, p. 73/74). Ainsi, une bouteille d'eau minérale gazeuse qui explose ou une voiture dont les freins lâchent sont certainement des produits défectueux (HESS, op. cit., n. 24, p. 249). Appliquant la loi nationale adoptée à la suite de la directive 85/374/CE, un tribunal français a également admis qu'une vitre de cheminée qui explose est affectée d'un défaut, indépendamment du tirage ou de la ventilation de la pièce (jugement rapporté in Recueil Le Dalloz 2001 n° 38 p. 3092).

4.

4.1 En l'espèce, contrairement à ce que la cour cantonale affirme, la demanderesse n'avait pas à prouver au moyen d'une expertise que la carafe en verre de la cafetière était entachée d'un défaut de fabrication ou d'un défaut de conception. Certes, l'analyse des débris de verre aurait peut-être permis de constater l'existence de micro-fissures constitutives d'un défaut de fabrication; de même, l'expertise d'une cafetière identique, portant sur la qualité du verre utilisé, aurait pu, le cas échéant, prouver un défaut de conception. Et si la demanderesse avait démontré ainsi un défaut de fabrication ou un défaut de conception, la défectuosité du produit au sens de l'art. 4 LRFP aurait certainement été admise. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'absence de la sécurité attendue légitimement par le consommateur ne puisse être établie que par ce biais-là. Comme déjà relevé, les notions de "défaut de fabrication" et de "défaut de

conception" n'ont pas de portée normative. Le lésé n'a pas à prouver la cause du défaut, mais uniquement que le produit ne présentait pas le degré de sécurité pouvant être légitimement attendu du consommateur moyen, compte tenu des circonstances. Il s'ensuit qu'en l'espèce, la cour cantonale est partie d'une notion du défaut qui n'est pas conforme à l'art. 4 LRFP.

4.2 Il convient à présent d'examiner si, sur la base des faits exposés dans l'arrêt attaqué, la demanderesse a démontré que la cafetière litigieuse présentait un défaut au sens de l'art. 4 LRFP, c'est-à-dire qu'elle ne remplissait pas les expectatives de sécurité légitimes du consommateur moyen, compte tenu notamment de sa présentation et de l'usage qui pouvait en être raisonnablement attendu.
BGE 133 III 81 S. 88

4.2.1 Au moment de l'accident, la demanderesse utilisait la cafetière depuis un peu plus d'une année. Il s'agissait donc d'un appareil récent. Le modèle avait subi avec succès des tests de qualité, ce qui ne permet toutefois pas d'exclure d'emblée tout défaut au sens de l'art. 4 LRFP. Lors de l'explosion du récipient en verre, la demanderesse préparait du café. Par conséquent, elle utilisait l'appareil conformément à sa destination. Contrairement aux cas précités de la bouteille d'eau minérale gazeuse ou de la vitre pare-feu, l'explosion est intervenue alors que la demanderesse manipulait le produit. La question se pose dès lors de savoir si la victime a fait un usage approprié de la cafetière, en particulier si elle a respecté les instructions de sécurité du fabricant, pour autant que celles-ci n'apparaissent pas comme des restrictions inadmissibles de la responsabilité du producteur.
L'arrêt attaqué ne contient pas de constatations sur le déroulement même de l'accident. En effet, la cour cantonale a considéré que les causes de l'explosion ne pouvaient être déterminées avec certitude. Pour sa part, la demanderesse, qui était seule à la cuisine à ce moment-là, a déclaré avoir posé la carafe remplie de café chaud sur le plan de travail en stratifié imitation marbre, puis avoir placé le couvercle; c'est alors que le récipient a explosé.

4.2.2 Il appartenait à la demanderesse de prouver le défaut, ce qui impliquait notamment en l'espèce de démontrer les circonstances de l'accident.
En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. La loi, la doctrine et la jurisprudence ont apporté des exceptions à cette règle d'appréciation des preuves. L'allégement de la preuve est alors justifié par un "état de nécessité en matière de preuve" (*Beweisnot*), qui se rencontre lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices (ATF 132 III 715 consid. 3.1 p. 720; ATF 130 III 321 consid. 3.2 p. 324 et les références). Tel peut être le cas de la survenance d'un sinistre en matière d'assurance-vol (ATF 130 III 321 consid. 3.2 p. 325 et les arrêts cités) ou de l'existence d'un lien de causalité naturelle, respectivement hypothétique (ATF 132 III 715 consid. 3.2 p. 720 et les arrêts cités). Le degré de preuve requis se limite alors à la vraisemblance prépondérante (*die überwiegende Wahrscheinlichkeit*), qui est soumise à des
BGE 133 III 81 S. 89
exigences plus élevées que la simple vraisemblance (*die Glaubhaftmachung*). La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 132 III 715 consid. 3.1 p. 720; ATF 130 III 321 consid. 3.3 p. 325).
En vertu de l'art. 8 CC, la partie qui n'a pas la charge de la preuve a le droit d'apporter une contre-preuve. Elle cherchera ainsi à démontrer des circonstances propres à faire naître chez le juge des doutes sérieux sur l'exactitude des allégations formant l'objet de la preuve

principale. Pour que la contre-preuve aboutisse, il suffit que la preuve principale soit ébranlée, de sorte que les allégations principales n'apparaissent plus comme les plus vraisemblables (ATF 130 III 321 consid. 3.4 p. 326).

4.2.3 Lorsqu'un accident survient en rapport avec l'usage d'un produit, le consommateur ne disposera souvent au mieux que de ses propres déclarations pour reconstituer le déroulement des faits. Dans ces circonstances, il n'est raisonnablement pas possible d'exiger du lésé une preuve stricte de l'enchaînement ayant conduit à la survenance du dommage. En principe, le juge appréciera donc les faits allégués par la victime sous l'angle de la vraisemblance prépondérante.
Cela signifie en l'espèce que la cour cantonale a méconnu le droit fédéral en imposant à la demanderesse d'établir les faits avec certitude. Par conséquent, il y a lieu d'admettre le recours, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer l'affaire à la Cour de justice afin qu'elle procède à une nouvelle appréciation des preuves sous l'angle de la vraisemblance prépondérante. Pour ce faire, elle disposera des déclarations de la demanderesse sur la survenance du dommage, ainsi que des témoignages - en partie indirects - des époux D. et de E. Pour sa part, la défenderesse pourra exercer son droit à la contre-preuve et chercher ainsi à démontrer que la version des faits présentée par la victime n'apparaît pas comme la plus vraisemblable.

Pra 96 (2007) Nr. 93

Bundesgericht, I. Zivilabteilung

Entscheid vom 19.12.2006 i.S. X. c. Y. AG (4C.298/2006)

Übersetzt, bearbeitet und kommentiert von Daniel Schwander

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt.)

BGE 133 III 81

Mangel, Beweismass (Art. 4 PrHG; Art. 8 ZGB). Beweis; Begriff des Mangels; Beweislastverteilung (E. 3). Der Geschädigte hat nicht die Ursache des Mangels zu beweisen, sondern es genügt, wenn er aufzeigt, dass das Produkt die berechtigten Sicherheitserwartungen des durchschnittlichen Konsumenten nicht erfüllte. Kommt es im Zusammenhang mit dem Gebrauch eines Produktes zu einem Unfall, beurteilt sich der Beweis des Geschehensablaufs, der zum Unfall geführt hat, im Prinzip nach dem Gesichtspunkt der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (E. 4).

Sachverhalt:

Im März 2000 kaufte sich Frau X. im Geschäft G. in Genf eine Filterkaffeemaschine der Marke V., Modell U. Sie bewahrte weder die Verpackung noch die Gebrauchsanweisung auf. Im Jahr 1999 hatte die Y. AG (nachstehend Y.) ca. 15 000 Kaffeemaschinen dieses Typs von B. Ltd. in Hong Kong erworben. Die Gebrauchsanweisung enthielt folgende «Sicherheitshinweise und wichtige Mitteilungen»:

«Vermeiden sie es, die Maschine fallen zu lassen oder sie Schlägen auszusetzen. Stellen sie das noch heisse Glasgefäss nie auf eine kalte oder nasse Ablage, denn

das Glas könnte zerspringen. Ersetzen sie das Gefäss unverzüglich durch ein gleichartiges Modell, sobald sich der Griff zu lösen beginnt oder das Glas beschädigt wird.»

Vor dem Export durchlief das Modell U. erfolgreich eine Qualitätskontrolle.

Am 8. Juni 2001 hatte X. das Ehepaar D. sowie E. zum Nachtessen eingeladen. Nach dem Essen begab sie sich in die Küche, um dort mit der erwähnten Maschine einen Kaffee zuzubereiten. Die Gäste blieben im Esszimmer. Den Aussagen von X. zufolge stellte sie das Glasgefäss mit dem zubereiteten Kaffee auf die Küchenablage und setzte den Deckel darauf. In der Folge explodierte der Krug und X. zog sich an der linken Hand ernsthafte Verletzungen zu. Unverzüglich ins Kantonsspital Genf eingeliefert, wurde sie operiert. Als sie am Tag darauf nach Hause kam, stellte sie fest, dass die Gäste die Küche gereinigt und die Glasscherben in den Abfalleimer geworfen hatten.

Der Operationsbericht spricht von einer Wunde in der linken Handfläche mit einer subtotalen Durchtrennung des tiefen Beugemuskels sowie von einer Durchtrennung des kollateralen

radialen Nervs des Ringfingers, was bei diesem Finger zu Empfindungsstörungen führte. In der Folge suchte die Patientin, welche Linkshänderin ist, verschiedene Ärzte auf, um die Schmerzen und Behinderungen, welche sie beim Gebrauch ihrer Hand verspürte, behandeln zu lassen.

Am 17. November 2003 klagte X. gegen Y. AG, die Herstellerin der Kaffeemaschine, auf Zahlung von CHF 720 948.70.– zuzüglich Zinsen, davon CHF 66 634.15 als Ausgleich für den bereits erlittenen Schaden, CHF 7 876.80 als Genugtuung sowie CHF 646 437.75 für zukünftigen kapitalisierten Schaden. Die Klage stützte sich auf das Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftpflicht (PrHG; SR 221.112.944).

Mit Urteil vom 13. Oktober 2005 wies das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf die Klage ab. Nachdem X. dagegen Berufung erhoben hatte, bestätigte die Zivilkammer des Cour de justice den erstinstanzlichen Entscheid.

Mit eidgenössischer Berufung gelangt X. ans Bundesgericht. Das Bundesgericht heisst die Berufung gut, hebt den kantonalen Entscheid auf und weist die Sache zwecks neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

1.– 2. [. . .]

3.

Das PrHG basiert weitgehend auf der Richtlinie 85/374/EWG vom 25. Juli 1985 und schafft eine verschuldensunabhängige Haftung, welche allein an die Fehlerhaftigkeit des Produktes anknüpft (Franz Werro, La responsabilité civile, S. 184 f. N 705 f.; Gilles Petitpierre, Genèse d'une nouvelle réglementation, in: Responsabilités objectives, Journée de la responsabilité civile 2002, S. 23 f.). Die Fehlerhaftigkeit spielt somit bei der Produktehaftpflicht eine zentrale

Rolle (Hansjörg Seiler, in: Münch/Geiser [Hrsg.], Schaden – Haftung – Versicherung, S. 948 N 19.23; Catherine Weniger, La responsabilité du fait des produits pour les dommages causés à un tiers aus sein de la Communauté Européenne, Diss., Lausanne 1994, S. 122; Fellmann/von Büren-von Moos, Grundriss der Produkthaftpflicht, S. 72 N 172).

3.1 Gemäss Art. 4 Abs. 1 PrHG ist ein Produkt fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist. Namentlich von Bedeutung sind dabei seine Präsentation (lit. a), der Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden darf (lit. b) sowie der Zeitpunkt, in dem es in Verkehr gebracht wurde (lit. c). Diese Definition wurde praktisch wörtlich von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 85/374/EWG übernommen. Wie aus den einführenden Erwägungen dieser Richtlinie hervorgeht, zielt die Produktehaftpflicht darauf ab, «den Konsumenten davor zu schützen, dass fehlerhafte Produkte seine Gesundheit oder sein Eigentum schädigen» (Erwägung 1). Infolgedessen bestimmt sich die Fehlerhaftigkeit nicht «nach der Gebrauchstauglichkeit, sondern nach dem Mangel an Sicherheit, auf welche das Publikum berechtigterweise vertrauen darf». Dabei wird präzisiert, dass «bei der Bestimmung dieser Sicherheit jegliche nach den Umständen

unvernünftige missbräuchliche Verwendung des Produktes ausgeschlossen ist» (Erwägung 6). Denn es geht auch darum, die Risiken zwischen der geschädigten Person und dem Hersteller gerecht zu verteilen» (Erwägung 7). In Anbetracht der offensichtlichen Analogie zwischen der europäischen Richtlinie und dem Schweizerischen Recht sind diese Erwägungen auch bei der Bestimmung des vom PrHG angestrebten Zwecks massgebend.

Die Sicherheit, mit der man vernünftigerweise rechnen darf, ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Es ist Aufgabe des Richters, in Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den für ein Produkt nötigen Sicherheitsgrad festzustellen (BSK OR I-Fellmann, 3. Aufl., N 2 zu Art. 4 PrHG; Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., S. 266 f. N 1190; AndreasBorsari, Schadensabwälzung nach dem schweizerischen Produkthaftpflichtgesetz, Diss., Zürich 1998, S. 110; Hans-Joachim Hess, Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz, 2. Aufl., N 4 zu Art. 4 PrHG, S. 240; Lukas Wyss, Der Fehlerbegriff im schweizerischen Produktehaftpflichtgesetz, recht 1996, S. 119; Fellmann/von Büren-von Moos, a.a.O., S. 76 N 185). Das Pronomen «man», welches in Art. 4 PrHG verwendet wird, verweist auf die Sicherheitserwartung des Durchschnittskonsumenten und nicht auf die Sicherheitserwartungen des Geschädigten oder einer Gruppe von besonders qualifizierten oder unqualifizierten Verwendern. Die in einem konkreten Fall massgebende Sicherheitserwartung bestimmt sich nach objektiven Kriterien (Erdem Büyüksagis, La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits, Diss., Fribourg 2005, S. 248 – 250; Werro, a.a.O., S. 194 N 749; Rey, a.a.O., S. 266 N 1190; Hess, a.a.O., N 7 ff. zu Art. 4 PrHG, S. 241 ff.; Fellmann/von Büren-von Moos, a.a.O., S. 75 N 182 f.).

Im Übrigen hat der Richter «alle Umstände» zu berücksichtigen. Art. 4 Abs. 1 PrHG nennt davon ausdrücklich drei besonders wichtige (Rey, a.a.O., S. 267 N 1190; Borsari, a.a.O., S. 119; Fellmann/von Büren-von Moos, a.a.O., S. 82 N 207).

Die Art und Weise, in der das Produkt dem Publikum präsentiert wird (lit. a), umfasst namentlich auch die vom Hersteller gelieferte Gebrauchsanweisung. In diesem Zusammenhang ist die Aufmerksamkeit des Konsumenten deutlich auf die vorhersehbaren, mit dem Gebrauch verbundenen Gefahren und deren Verhütung zu lenken (Rey, a.a.O., S. 267 N 1192; Borsari, a.a.O., S. 127; Hess, a.a.O., S. 265 f. N 66 – 68; Fellmann/von Büren-von Moos, a.a.O., S. 91 f. N 240 – 245). Diese Informationspflicht stellt jedoch keine Alternative zur Verpflichtung des Herstellers dar, sichere Produkte zu entwerfen und herzustellen (Fellmann, a.a.O., N 15 zu Art. 4 PrHG; Borsari, a.a.O., S. 132; Wyss, a.a.O., S. 114; Fellmann/von Büren-von Moos, a.a.O., S. 93 N 247; vgl. auch Werro, a.a.O., S. 197 N 762). Bei Produkten des gewöhnlichen Gebrauchs, von denen das Publikum eine bestimmte minimale Sicherheit erwartet, darf sich der Hersteller nicht mittels eines Sicherheitshinweises im Voraus von seiner Haftung befreien (vgl. Art. 8 PrHG; Fellmann, a.a.O., N 15 zu Art. 4 PrHG; Borsari, a.a.O., S. 132); man denke beispielsweise an das Explosionsrisiko einer Glasflasche, welche kohlensäurehaltiges Wasser enthält (Fellmann/von Büren-von Moos, a.a.O., S. 93 f. N 248). Ein anderes Kriterium, welches der Richter anzuwenden hat, ist der Gebrauch, mit dem vernünftigerweise zu rechnen ist (Art. 4 Abs. 1 lit. b PrHG). Dieser Begriff beinhaltet nicht nur die zweckgerechte Verwendung, sondern auch einen anderen Gebrauch («Fehlgebrauch»), mit dem der Hersteller vernünftigerweise rechnen muss (Beispiel: Verwendung eines Stuhls als Schemel). Umgekehrt entfällt die Produktehaftpflicht bei missbräuchlichem Gebrauch (beispielsweise Trocknung eines Hundes in einem

Mikrowellenofen; Rey, a.a.O., S. 267 f. N 1194 f.; Borsari, a.a.O., S. 139 ff.; Fellmann/von Büren-von Moos, a.a.O., S. 96 ff. N 257– 264).

Der dritte Umstand, welcher in Art. 4 Abs. 1 PrHG erwähnt wird, ist der Zeitpunkt, in welchem das Produkt in Verkehr gebracht wurde (lit. c). Hat ein fehlerhaftes Produkt einen Schaden verursacht, vermutet das Gesetz, dass der Fehler schon zum Zeitpunkt vorhanden war, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. b PrHG; Rey, a.a.O., S. 272 N 1211).

Nebst den in Art. 4 Abs. 1 PrHG ausdrücklich genannten Kriterien können auch technische Normen und Sicherheitsvorschriften bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit eine Rolle spielen. Tatsächlich darf der durchschnittliche Konsument darauf vertrauen, dass der Hersteller diese Normen einhält und so sicherstellt, dass eine minimale Produktesicherheit gewährleistet ist (Fellmann, a.a.O., N 27 zu Art. 4 PrHG; Rey, a.a.O., S. 268 N 1199).

3.2

Die Lehre unterteilt die Fehler im Allgemeinen nach ihrer Ursache (vgl. auch BGer, 4C.307/2005 vom 25. Januar 2006 E. 3). Ein Fabrikationsfehler liegt vor, wenn im Fabrikationsprozess eines an sich sicher konzipierten Produktes ein Fehler passiert (Werro, a.a.O., S. 196 N 755; Seiler, a.a.O., S. 940 N 19.6; Hess, a.a.O., S. 253 N 37). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn im Glas einer kohlensäurehaltigen Mineralwasserflasche ein kleiner Riss auftritt, und zwar selbst wenn es sich dabei um einen statistisch unvermeidbaren Ausreisser handelt (BGH, Urteil vom 9. Mai 1995, in: NJW 1995, S. 2162; Büyüksagis, a.a.O., S. 285 f.). Ein anderes Beispiel für einen Fabrikationsfehler ist der Riss einer vorfabrizierten Aufhängeschlaufe, die in einer Betonplatte eingefügt war, und zwar nachdem bereits eine grosse Anzahl identischer Betonplatten hergestellt worden waren und die Aufhängeschlaufen immer gehalten und nie Probleme verursacht hatten (vgl. BGE 110 II 456 = Pra 74 Nr. 101).

Ein Konstruktionsfehler bezieht sich auf die Planung eines Produktes (Werro, a.a.O., S. 196 N 757). So wie das Produkt konzipiert wurde, weist es eine Beschaffenheit auf, welche gefährlich ist, und zwar bei zweckkonformem Gebrauchs oder bei einem anderen Gebrauchs, mit dem der Hersteller vernünftigerweise rechnen musste (Seiler, a.a.O., S. 949 N 19.26; Hess, a.a.O., S. 248 N 22). Ein Beispiel für einen Konstruktionsfehler findet sich im Urteil des Bundesgerichts C.564/1984 vom 14. Mai 1985: Der Stuhl eines Zahnarztes liess unter dem Gewicht eines Patienten nach, weil die Nieten, die die beweglichen Teile des Stuhles hätten halten sollen, aus einem Metall waren, welches im Rahmen der Abnützung nicht den nötigen mechanischen Widerstand aufwies.

Ein Instruktionsfehler betrifft Produkte, welche nicht mit einer geeigneten Information hinsichtlich der gegenüber dem Konsumenten bestehenden Risiken versehen sind (Werro, a.a.O., S. 197 N 759; Plüss/Jetzer, Die Produktehaftpflicht, S. 46 f. N 120)

Das PrHG unterscheidet nicht nach der Ursache des Fehlers. Dies bedeutet, dass den vorerwähnten Kategorien keine normative Bedeutung zukommt (Rey, a.a.O., S. 269 N 1202; Fellmann, a.a.O., N 4 zu Art. 4 PrHG; Fellmann/von Büren-von Moos, a.a.O., S. 81 N 202; a.M. Hess, a.a.O., S. 247 N 21). Dennoch sind diese Unterscheidungen nicht ohne Nutzen,

denn sie erlauben dem Richter, den Sachverhalt besser zu erfassen (Plüss/Jetzer, a.a.O., S. 45 N 115).

3.3

Im Gegensatz zur Richtlinie 85/374/EWG (vgl. Art. 4) enthält das PrHG keine Bestimmung, welche dem Geschädigten den Beweis des Fehlers auferlegt. Im schweizerischen Produktehaftpflichtrecht ergibt sich eine derartige Verteilung der Beweislast allerdings aus dem allgemeinen Grundsatz von Art. 8 ZGB (Pierre Wessner, Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux, in: Responsabilités objectives, Journée de la responsabilité civile 2002, S. 68; Fellmann/von Büren-von Moos,

a.a.O., S. 73 N 176). Der Schaden an sich beweist noch keinen Produktefehler (Wyss, a.a.O., S. 111). Steht allerdings fest, dass das Produkt bei der Entstehung des Schadens eine Rolle gespielt hat, so hat der Geschädigte ein bedeutendes Indiz für das Bestehen eines Fehlers geliefert, und zwar in Anwendung des Grundsatzes «res ipsa loquitur» (Wessner, a.a.O., S. 68 a.E.; vgl. auch Fellmann/von Büren-von Moos, a.a.O., S. 73 f. N 178). Eine kohlensäurehaltige Mineralwasserflasche, die explodiert, und ein Auto, dessen Bremsen nicht funktionieren, sind zweifelsohne fehlerhafte Produkte (Hess, a.a.O., S. 249 N 24). In Anwendung des nationalen Rechts, welches im Zuge der Richtlinie 85/374/EWG erlassen worden war, entschied ein französisches Gericht, dass die Scheibe eines Cheminées, welche explodierte, fehlerhaft sei, und zwar unabhängig von Rauchabzug oder Zimmerlüftung (Entscheid mitgeteilt in: Receuil Le Dalloz 2001, S. 3092 N 38).

4.

4.1

Vorliegend hatte die Klägerin – entgegen der Vorinstanz – nicht mittels Gutachten zu beweisen, dass das Glasgefäss der Kaffeemaschine einen Fabrikations- oder Konstruktionsfehler aufwies. In der Tat hätte die Analyse der Glassplitter möglicherweise die Existenz von kleinen Rissen zu Tage gebracht, welche einen Fabrikationsfehler darstellen würden. Ebenso hätte die Untersuchung einer gleichartigen Kaffeemaschine bezüglich der Qualität des verwendeten Glases vorliegend einen Konstruktionsfehler belegen können. Hätte die Klägerin auf diese Weise einen Fabrikations- oder Konstruktionsfehler beweisen können, so hätte die Fehlerhaftigkeit des Produktes zweifelsohne festgestanden. Dies bedeutet aber nicht, dass das Fehlen der Sicherheit, welche der Konsument berechtigterweise erwarten darf, nur auf diesem Umweg bewiesen werden kann. Wie bereits dargelegt, kommt den Begriffen «Fabrikations- bzw. Konstruktionsfehler» keine normative Bedeutung zu. Der Geschädigte hat nicht die Ursache des Fehlers zu beweisen, sondern lediglich, dass das Produkt nicht die Sicherheit aufwies, die der Durchschnittskonsument unter Berücksichtigung der Umstände berechtigterweise erwarten durfte. Daraus folgt, dass die Vorinstanz vorliegend von einem Fehlerbegriff ausgegangen ist, welcher mit Art. 4 PrHG nicht zu vereinbaren ist.

4.2

Vorliegend gilt es zu prüfen, ob die Klägerin aufgrund der im angefochtenen Entscheid enthaltenen Tatsachen bewiesen hat, dass die streitige Kaffeemaschine einen Fehler i.S.v. Art.

4 PrHG aufwies, d.h. dass sie nicht den Erwartungen entsprach, die ein Durchschnittskonsument berechtigterweise haben durfte, und zwar unter Berücksichtigung der Präsentation sowie des Gebrauchs, der vernünftigerweise erwartet werden kann.

4.2.1

Zum Unfallzeitpunkt benutzte die Klägerin die Kaffeemaschine seit etwas mehr als einem Jahr. Es handelte sich somit um eine noch ziemlich neue Maschine. Das Modell durchlief erfolgreich Qualitätstests, wodurch ein Fehler i.S.v. Art. 4 PrHG jedoch nicht ausgeschlossen werden kann. Als der Glasbehälter explodierte, bereitete die Klägerin Kaffee zu. Folglich benutzte sie die Maschine zweckkonform. Im Gegensatz zu den vorgenannten Fällen betreffend eine kohlensäurehaltige Mineralwasserflasche sowie eine Cheminéescheibe erfolgte die Explosion, als die Klägerin die Kaffeemaschine betätigte. Es stellt sich somit die Frage, ob die Geschädigte die Kaffeemaschine korrekt betätigte, namentlich ob sie die Sicherheitsvorkehrungen des Herstellers beachtet hat, es sei denn, diese erscheinen als inakzeptable Beschränkungen der Herstellerhaftung.

Der angefochtene Entscheid enthält keinerlei Feststellungen über den Unfallhergang. In der Tat hat die Vorinstanz festgestellt, dass die Ursachen der Explosion nicht mit Sicherheit festgestellt werden konnten. Die Klägerin, die sich zu diesem Zeitpunkt allein in der Küche aufhielt, erklärte, dass sie das mit heissem Kaffee gefüllte Glasgefäss auf der Arbeitsfläche aus Marmor abgestellt und den Deckel aufsetzt habe. In diesem Augenblick sei das Glasgefäss explodiert.

4.2.2

Es ist Sache der Klägerin, den Fehler zu beweisen. Dies beinhaltet vorliegend namentlich die Umstände des Unfalls.

Grundsätzlich gilt eine Tatsache als bewiesen, wenn sich der Richter von der Wahrheit der Behauptung überzeugt hat. Gesetz, Lehre und Rechtsprechung haben Ausnahmen zu dieser Beweiswürdigungsregel aufgestellt. Bei Beweisnot sind Beweiserleichterungen gerechtfertigt. Eine solche liegt vor, wenn aufgrund der Natur der Sache ein Vollbeweis nicht möglich ist oder vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, namentlich wenn die von der mit dem Beweis belasteten Partei behaupteten Tatsachen nur indirekt oder mittels Indizien bewiesen werden könne (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720; 130 III 321 E. 3.2 S. 324, m.Hinw.). Dies kann etwa bei einem Schadensfall im Rahmen einer Diebstahlsversicherung vorkommen (BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 325 m.Hinw.) sowie bei Vorliegen eines natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs (BGE 132 III 715 E. 3.2 S. 720 m.Hinw.). Das erforderliche Beweismass beschränkt sich in diesem Falle auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit, welche höheren Anforderungen unterliegt als die blosse Glaubhaftmachung. Überwiegende Wahrscheinlichkeit bedeutet, dass bei objektiver Betrachtungsweise wichtige Gründe für die Wahrheit der Behauptung sprechen, ohne dass andere Möglichkeiten von grosser Bedeutung wären oder vernünftigerweise in Betracht zu ziehen sind (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720; 130 III 321 E. 3.3 S. 325).

Im Rahmen von Art. 8 ZGB kommt der Partei, welche nicht mit dem Beweis belastet ist, das Recht zum Gegenbeweis zu. So wird sie versuchen, die Umstände zu beweisen, welche geeignet sind, beim Richter ernsthaft Zweifel am

Wahrheitsgehalt der Behauptungen hervorzurufen, welche Gegenstand des Hauptbeweises sind. Für den Erfolg des Gegenbeweises genügt es, dass der Hauptbeweis erschüttert und die in ihm enthaltenen Tatsachen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen (BGE 130 III 321 III E. 3.4 S. 326).

4.2.3

Wenn sich bei Gebrauch des Produktes ein Unfall ereignet, kann der Konsument den Sachverhalt oft nur mit seinen eigenen Aussagen belegen. In diesem Fall kann vom Geschädigten vernünftigerweise nicht erwartet werden, dass er einen strikten Beweis hinsichtlich der Abläufe erbringt, welche zum Schaden geführt haben. Grundsätzlich hat der Richter somit die vom Geschädigten behaupteten Tatsachen nach dem Prinzip der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beurteilen.

Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie von der Klägerin verlangte, den Sachverhalt mit Sicherheit zu beweisen. Folglich ist die Berufung gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese unter dem Gesichtspunkt der überwiegenden Wahrscheinlichkeit die Beweise neu würdige. Hierbei hat sie auf die den Schadensfall betreffenden Aussagen der Klägerin, sowie das – teilweise indirekte – Zeugnis der Eheleute D. sowie von E. abzustellen. Der Beklagten steht ihrerseits das Recht zum Gegenbeweis zu. In dessen Rahmen kann sie nachweisen, dass die Behauptungen der Geschädigten nicht überwiegend wahrscheinlich sind.

5. [. . .]

Bemerkung:

Gemäss Bundesgericht hat der Geschädigte nicht die Ursache des Fehlers zu beweisen, sondern lediglich, dass das Produkt nicht den Sicherheitserwartungen entspricht, mit denen ein vernünftiger Konsument rechnen darf (E. 4.1). Die Frage nach der berechtigten Sicherheitserwartung kann aber grundsätzlich nur entschieden werden, wenn die konkreten Umstände des Unfalls feststehen. Dazu gehört grundsätzlich auch die Art des Produktefehlers.

Es liegt vorliegend der Verdacht nahe, dass das Produkt einen Konstruktionsfehler aufwies. Ein Konsument braucht nicht damit zu rechnen, dass ein Glasgefäss, welches auf kaltem oder nassem Untergrund abgestellt wird, explodiert. Der Hersteller hat auch einen vorhersehbaren Fehlgebrauch in seine Planung miteinzubeziehen und kann sich nicht einfach mittels Warnhinweisen exkulpieren (vgl. E. 3.1 Abs. 4; E. 4.2.1 Abs. 1 letzter Satz). Dies gilt insbesondere bei Gegenständen des alltäglichen Gebrauchs, welche oft

nicht nur vom Käufer, sondern auch von Drittpersonen benutzt werden. Es dürfte Glasarten geben, welche auf thermischen Schock weniger empfindlich reagieren.

Vor diesem Hintergrund hätte über das Vorliegen eines Konstruktionsfehlers ein Gutachten erstellt werden müssen. Gerade bei Konstruktionsfehlern an Gegenständen des täglichen Gebrauchs ist ein solches Gutachten auf Grundlage eines identischen Produktexemplars typischerweise problemlos möglich, so dass von einem Beweisnotstand nicht die Rede sein kann. Dass das Bundesgericht dieses Vorgehen als «Umweg» bezeichnet (E. 4.1), erscheint seltsam. Die Klägerin scheint vorliegend keine konkreten Tatsachenbehauptungen aufgestellt zu haben, was dazu geführt hat, dass auch kein Gutachten erstellt wurde (vgl. E. 4.1). Unter diesem Gesichtspunkt hat die Vorinstanz die Klage, soweit ersichtlich, zutreffend abgewiesen. Beweiserleichterungen befreien den Kläger nicht davor, soweit zumutbar, konkrete Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge aufzustellen. Beweiserleichterungen können grundsätzlich erst in der Phase der Beweiswürdigung zugestanden werden. Eine andere Frage ist aber, ob eine allenfalls festgestellte Fehlerhaftigkeit die Schädigung im vorliegenden Fall tatsächlich verursacht hat. Bezüglich dieser Frage ist eine Beweiserleichterung (überwiegende Wahrscheinlichkeit) zweifelsohne sachgerecht (vgl. BGE 132 III 715 E. 3). Hinsichtlich der Abklärung eines allfälligen Fabrikationsfehlers ist auf Folgendes hinzuweisen: Als die Klägerin am Tag nach dem Unfall nach Hause zurückkehrte, stellte sie fest, dass die Gäste die Glasscherben in den Abfalleimer geworfen hatten. Damit steht jedoch – zumindest bei wörtlicher Lesart – nicht ohne weiteres fest, dass die Glasscherben bereits unwiederbringlich entsorgt worden wären. Damit hat die Klägerin im Hinblick auf die Abklärung eines Fabrikationsfehlers eine fahrlässige Beweisvereitelung begangen. Dies führt dazu, dass sie eine Beweiserleichterung ohnehin nicht in Anspruch nehmen darf. Abgesehen davon stellt sich die Frage, ob der Klägerin nicht auch das fahrlässig beweisvereitelnde Verhalten ihrer Gäste zuzurechnen wäre. Jedenfalls erscheint es nicht ohne weiteres gerechtfertigt, den Hersteller mit einer Beweiserleichterung zu belasten, wenn Personen, die dem Konsumenten nahe stehen, den Beweisgegenstand fahrlässig vernichtet haben.

Pra 96 (2007) Nr. 93

RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/24589/2003 **ACJC/1240/2007**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 12 OCTOBRE 2007

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ (Genève), appelante d'un jugement rendu par la 2ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 13 octobre 2005, comparant par Me AC_____, avocat, rue du Général Dufour 20, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

B_____ AG, sise _____ (Zurich), intimée, comparant par Me Philippe Zoelly, avocat, boulevard des Philosophes 17, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Cause renvoyée par arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 2006.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 17.10.2007.

Reprochant à la Cour d'avoir exigé de la demanderesse une preuve stricte de l'enchaînement ayant conduit à la survenance du dommage, le Tribunal fédéral lui a donné pour mission de procéder à une nouvelle appréciation des preuves sous l'angle de la vraisemblance prépondérante, en prenant en compte les déclarations de la demanderesse en relation avec la survenance du dommage, ainsi que des témoignages des époux M_____ et N_____ et de L_____ (arrêt de renvoi consid. 4.2.3).

La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (arrêt de renvoi consid. 4.2.2).

4.2. En l'espèce, s'agissant du déroulement même de l'accident, le Tribunal fédéral a retenu, sans émettre de réserves, que la demanderesse avait déclaré avoir posé la carafe remplie de café chaud sur le plan de travail en stratifié imitation marbre, puis avoir placé le couvercle; c'était alors que le récipient avait explosé. Le Tribunal fédéral n'a ainsi pas considéré que la demanderesse avait fait des déclarations contradictoires ou fluctuantes à ce sujet. Or, la Cour est liée par les considérants de l'arrêt de renvoi, sur lesquels elle ne peut revenir. Par conséquent, il ne peut pas être tenu compte de l'objection de la défenderesse, selon laquelle la demanderesse avait été inconstante dans sa description du déroulement de l'accident.

En outre, les dépositions des témoins présents ce jour-là dans la salle à manger, attenante à la cuisine, permettent de conforter en grande partie la description de l'enchaînement des faits par la demanderesse telle que retenue ci-dessus, puisque lesdits témoins ont déclaré à l'unisson avoir entendu une explosion. Les époux M_____ et N_____ ont déclaré, par ailleurs, de manière concordante, s'être rendus dans la cuisine et y avoir vu des débris de verre parterre et sur le plan de travail, ainsi que la structure de la carafe qui était restée sur ce plan de travail, ce qui confirme les explications de la demanderesse selon lesquelles elle avait posé la carafe à cet endroit. De plus, la précision de L_____ selon laquelle il y avait du café parterre, conforte les dires de la demanderesse à teneur desquels la carafe était remplie de café lorsqu'elle l'a posée sur le plan de travail. Enfin, N_____ a déclaré que l'appelante avait dit que l'explosion s'était produite au moment où elle avait mis le couvercle de la cafetière, ce que L_____ a également rapporté.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que, sous l'angle de la vraisemblance prépondérante, la thèse de la demanderesse quant à l'enchaînement ayant conduit à l'explosion de la cafetière est exacte, les faits paraissant a priori n'avoir pas pu raisonnablement se produire autrement.

Dès lors, compte tenu du déroulement des événements ainsi rappelé, il convient d'admettre, à ce stade, que la demanderesse a démontré à satisfaction de droit avoir fait un usage approprié et raisonnable de sa cafetière à filtre, lorsqu'elle a posé le récipient rempli de café sur le plan de travail, puis y a placé le couvercle prévu à cet effet. C'est en effet bien ainsi qu'un consommateur moyen est supposé utiliser une cafetière à filtre.

4.3. Ceci étant, face à une preuve fondée sur la vraisemblance prépondérante, la partie qui n'a pas la charge de la preuve, soit la défenderesse en l'occurrence, a le droit d'administrer la preuve de circonstances propres à faire naître chez le juge des doutes sérieux sur l'exactitude des allégations formant l'objet de la preuve principale, de sorte que les allégations principales n'apparaissent plus comme les plus vraisemblables (droit à la contre-preuve) (arrêt de renvoi consid. 4.2.2).

En l'espèce, pour faire naître des doutes sur l'exactitude des allégations de la demanderesse au sujet du déroulement des faits, la défenderesse fait valoir, en premier lieu, qu'au moment de l'accident, l'intéressée utilisait la cafetière depuis un peu plus d'une année sans avoir rencontré le moindre problème. La défenderesse en déduit que le produit était exempt de défaut et qu'en conséquence, l'explosion de la carafe n'a pu être provoquée que par une manipulation inadéquate du produit.

Cette argumentation n'est toutefois pas pertinente, dès lors qu'il est constant qu'une cafetière à filtre est un produit destiné à être utilisé durant plusieurs années. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs considéré que la cafetière de la demanderesse, utilisée depuis plus d'un an, était récente. Dans ces conditions, on ne peut déduire du seul fait que la demanderesse n'a rencontré aucun problème durant un an avec sa cafetière qu'il s'agissait d'un produit sûr et donc exempt de défaut.

La défenderesse ne peut pas non plus tirer argument du fait que le modèle de la cafetière en cause a subi avec succès des tests de qualité, le Tribunal fédéral ayant retenu que cet élément ne permet pas d'exclure d'emblée tout défaut de la cafetière litigieuse au sens de l'art. 4 LRFP (arrêt de renvoi consid. 4.2.1).

La remarque de la défenderesse selon laquelle sa partie adverse n'a pas conservé le mode d'emploi de la machine est irrelevante et ne constitue nullement un indice selon lequel l'intéressée aurait manipulé l'appareil de manière inadéquate, comme le sous-entend l'intimée.

Enfin, pour fonder sa thèse selon laquelle l'accident avait été provoqué plus vraisemblablement par une mauvaise manipulation du produit que par un défaut, c'est en vain que la défenderesse soutient que, blessée uniquement à la main, la

demanderesse avait certainement exercé une pression indue sur le couvercle et causé ainsi elle-même l'explosion.

En effet, le seul fait que l'intéressée ait été blessée uniquement à la main n'implique pas nécessairement qu'elle ait exercé une pression trop forte sur le couvercle, un simple placement de ce dernier sur le récipient étant suffisant pour expliquer des blessures limitées à la main.

Certes, la Cour avait admis, dans les considérants de son précédent arrêt, que l'hypothèse selon laquelle la demanderesse avait exercé une pression indue sur le couvercle et donc manipulé la cafetière en violation des règles de sécurité, ne pouvait pas a priori être écartée. Toutefois, elle n'avait pas retenu cette thèse comme étant plus vraisemblable qu'une autre.

Par ailleurs, au regard de la définition du défaut au sens de la LRFP telle que rappelée par le Tribunal fédéral dans son arrêt de renvoi, il y a lieu d'admettre que, même s'il devait être établi que la demanderesse a exercé une pression sur le couvercle du récipient en verre au moment de le placer, on ne pourrait lui reprocher une manipulation inadéquate. En effet, le producteur a l'obligation de concevoir et de fabriquer des produits sûrs et ce, en tenant compte de tout usage avec lequel il doit raisonnablement compter. Or, il convient de reconnaître que le fait pour un consommateur moyen de presser sur ce couvercle, par exemple pour s'assurer que celui-ci est bien placé, constitue un usage avec lequel le producteur d'une cafetière à filtre doit raisonnablement compter, ce qui implique que ce dernier conçoive et fabrique ce produit de telle manière que la carafe n'explose pas sous une éventuelle pression.

Au vu de ce qui précède, la Cour retient que la défenderesse n'a pas apporté d'éléments susceptibles de laisser planer des doutes sérieux quant à la version des faits présentée par la demanderesse au sujet des circonstances de l'accident et en particulier au sujet de la manipulation de l'appareil par cette dernière au moment de cet accident.

4.4. Par conséquent, il doit être admis que les faits se sont bien produits tels que la demanderesse les a décrits.

Or, dans la mesure où le consommateur moyen est en droit de s'attendre à ce que la carafe en verre d'une cafetière à filtre récente n'explose pas lorsque, comme en l'espèce, celle-ci est utilisée pour la préparation de café et ce, de manière conforme aux règles de sécurité, il convient d'admettre que la demanderesse a démontré que la cafetière litigieuse présentait un défaut au sens de l'art. 4 LRFP, c'est-à-dire que l'appareil ne remplissait pas les expectatives légitimes du grand public en matière de sécurité.

La responsabilité de la défenderesse est donc, en principe, engagée sur la base de la LRFP.

4.5. Cela étant, en matière de responsabilité du fait des produits, le producteur peut, à certaines conditions, être libéré de sa responsabilité, même lorsque la condition du défaut est réalisée.

4.5.1. Ainsi, l'art. 5 al. 1 litt. b LRFP, invoqué par la défenderesse, prévoit que le producteur est libéré de sa responsabilité s'il prouve que «compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où il a mis le produit en circulation».

De cette disposition découle la présomption légale que, si un produit défectueux a causé un dommage, le défaut existait déjà lors de la mise en circulation dudit produit (arrêt de renvoi consid. 3.1). Toutefois, le producteur ne répondant pas des défauts liés à un événement survenu après la mise en circulation du produit, il doit être admis à apporter la preuve que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où il a mis le produit en circulation, une vraisemblance prépondérante étant suffisante à cet égard (WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 795; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2e éd., n. 1211 p. 265; HESS, Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz, 2e éd., n. 23 ss ad art. 5 PrHG).

4.5.2. Force est de constater, en l'espèce, qu'aucun motif important invoqué par la défenderesse ne plaide objectivement en faveur de sa thèse selon laquelle le défaut ayant causé le dommage de la demanderesse n'existait pas au moment où la cafetière avait été mise en circulation.

En premier lieu, des tests de qualité passés avec succès par le modèle de l'appareil litigieux ne permettent pas d'exclure d'emblée tout défaut affectant la cafetière incriminée (arrêt de renvoi consid. 4.2.1), si bien que la défenderesse ne peut pas s'en prévaloir pour se libérer de sa responsabilité de producteur.

De même, le fait, allégué par la défenderesse, que le modèle a été vendu «en grande quantité» sans rencontrer de problème, n'est pas déterminant, dans la mesure où l'on peut très bien imaginer que le défaut de la cafetière incriminée était lié à la fabrication de cette unité seulement et qu'il n'affectait donc pas l'ensemble des modèles vendus.

Enfin, l'argumentation de l'utilisation par la demanderesse de la cafetière litigieuse durant un peu plus d'un an avant qu'elle n'explose n'est pas davantage pertinente, car, comme déjà expliqué (consid. 4.3), rien n'empêche que le défaut, affectant un produit à l'origine, ne cause un dommage qu'après une année d'utilisation dudit produit.

7. Vu l'issue de la cause, l'intimée, qui succombe sur le principe de la responsabilité et sur une partie du dommage, sera condamnée aux trois quarts des dépens des deux instances (art. 176 al. 1 et art. 181 al. 1 LPC).

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/12527/2005 rendu le 13 octobre 2005 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24589/2003-2.

Au fond :

Annule ledit jugement.

Et statuant à nouveau :

Condamne B_____ AG à verser à A_____ le montant de 34'314 fr. avec intérêts à 5% dès le 1er juillet 2004.

Condamne B_____ AG à verser à A_____ le montant de 107'343 fr. 60 fr avec intérêts à 5% dès le 12 octobre 2007.

Condamne B_____ AG à verser à A_____ le montant de 2'516 fr. 75, avec intérêts à 5% dès le 21 juillet 2004.

Condamne B_____ AG à verser à A_____ le montant de 2'912 fr. avec intérêts à 5% dès le 8 juin 2001.

Condamne B_____ AG aux trois quarts des dépens de première instance et d'appel, lesquels comprendront, dans leur totalité et pour les deux instances, une unique indemnité de procédure de 25'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de A_____.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

M. Jean RUFFIEUX, président; M. Richard BARBEY et Mme Martine HEYER, juges; Mme Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Urteilskopf

137 III 226

36. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. contre Y. SA (recours en matière civile)
4A_16/2011 du 18 mars 2011

Regeste

Produktehaftpflicht; ersatzfähiger Schaden (Art. 1 PrHG); Nachweis eines Fabrikationsfehlers (Art. 4 Abs. 1 PrHG); Ausnahme von der Haftung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG.
Eine Person, der eine Hüftprothese implantiert worden ist, kann den Ersatz des Folgeschadens verlangen, der sich aus einer durch die fehlerhafte Prothese verursachten Körperverletzung ergibt, und zwar ohne dass geprüft werden müsste, ob es sich beim Implantat um eine zum privaten Gebrauch des Patienten bestimmte Sache handelt (E. 2).
Der Geschädigte hat den Fehler zu beweisen. Auch wenn mitunter kein strikter Beweis verlangt werden kann, kommt es nicht zu einer Umkehr der Beweislast. Der Geschädigte kann daher der Herstellerin nicht vorwerfen, ihre Produktionsverfahren nicht aufgezeigt zu haben, nachdem ihm der Beweis eines Produktionsfehlers misslungen ist, weil er die strittige Prothese nicht vorweisen konnte (E. 3).
Eine Produktehaftpflicht für Entwicklungsrisiken ist ausgeschlossen, mithin für unvorhersehbare Risiken, die im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts nach dem damaligen Stand der Wissenschaft sowie der Technik nicht erkennbar waren (E. 4).

Sachverhalt ab Seite 227

BGE 137 III 226 S. 227

A. Lors d'une intervention chirurgicale effectuée le 19 avril 1996 dans une clinique genevoise, une prothèse de la hanche droite a été implantée à X., alors âgée de trente-huit ans. La prothèse était composée d'une coque en métal - la cupule - avec un noyau en polyéthylène Z., d'un liner - ou insert - également en polyéthylène Z., d'une tête en zirconium, ainsi que d'une tige fémorale. Elle avait été produite par une société reprise en 1999 par Y. SA.
BGE 137 III 226 S. 228
A fin 1999, un examen radiologique a permis de constater l'usure du polyéthylène Z. composant l'insert de la cupule. En 2001, l'usure s'était accentuée. Le 9 avril 2002, X. a subi une nouvelle opération afin de remplacer la cupule.

B. Le 27 mai 2004, X., alors domiciliée dans le canton de Genève, a ouvert contre Y. SA une action fondée sur la loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP; RS 221.112. 944). Ses dernières conclusions tendaient au paiement d'un montant de 293'934 fr., à savoir 231'640 fr. pour le préjudice ménager, 12'294 fr. à titre d'atteinte à l'avenir économique, 30'000 fr. en réparation du tort moral et 20'000 fr. pour les frais juridiques avant procès.
Par jugement du 4 février 2010, le Tribunal de première instance du canton de Genève a débouté X. des fins de sa demande. Il a tout d'abord rejeté l'exception de prescription soulevée par Y. SA. Il a exclu ensuite un défaut structurel ou de conception de la prothèse; à titre subsidiaire, il a jugé que l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation de la prothèse, ne permettait pas de déceler l'existence d'un éventuel défaut.

Statuant le 19 novembre 2010 sur appel de X., la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé le rejet de la demande. Écartant une objection nouvelle de Y. SA, elle a admis que la prothèse était un produit au sens de la LRFP. Puis, contrairement au Tribunal de première instance, elle a jugé que la prothèse était défectueuse au sens de l'art. 4 LRFP. Elle a toutefois exclu la responsabilité de Y. SA en application de l'art. 5 al. 1 let. e LRFP, considérant que, lors de la mise en circulation de la prothèse, l'état des connaissances scientifiques et techniques ne permettait pas de déceler l'existence du défaut.

C. X. a interjeté un recours en matière civile. Elle concluait à ce que Y. SA fût condamnée à lui payer 293'934 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès la date du jugement sur 243'934 fr., dès le mois de mai 2002 sur 30'000 fr. et dès le mois de juin 2004 sur 20'000 fr.
Le Tribunal fédéral a rejeté le recours dans la mesure de sa recevabilité.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Il convient d'examiner en premier lieu un moyen soulevé dans la réponse au recours. En effet, si, comme l'intimée le prétend, la LRFP ne s'applique ni aux implants ni aux prothèses, le rejet de l'action
BGE 137 III 226 S. 229
fondée sur la LRFP devrait être confirmé sans qu'il soit nécessaire de se pencher sur les griefs de la recourante.

2.1 Selon l'intimée, une prothèse de la hanche est un produit utilisé exclusivement par le médecin dans le cadre de son activité professionnelle; seul un praticien spécialisé peut l'implanter lors d'une opération chirurgicale, c'est-à-dire dans le cadre d'une prestation de service rémunérée. Une telle prothèse ne serait ainsi pas un produit destiné à être mis à la disposition du consommateur pour un usage privé. L'intimée en déduit que la LRFP n'est pas applicable en l'espèce. Elle invoque à cet égard l'art. 1 al. 1 let. b LRFP, ainsi qu'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) relatif à la Directive 85/374/CEE (arrêt du 4 juin 2009 C-285/08 *Moteurs Leroy Somer contre Dalkia France et Ace Europe*).

2.2 A titre liminaire, il y a lieu de préciser la portée de la jurisprudence européenne invoquée par l'intimée.
Préparée dans la perspective de l'entrée de la Suisse dans l'Espace Economique Européen (EEE), la LRFP a été adoptée malgré le rejet de l'Accord sur l'EEE en votation populaire. Dans ce contexte, la LRFP a été largement inspirée par la Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO L 210 du 7 août 1985 p. 29 (cf. ATF 133 III 81 consid. 3 p. 83). Au contraire de ce qui vaut dans d'autres matières (cf. ATF 134 III 218 consid. 3.3 p. 221 s.), il n'existe toutefois aucune obligation pour les tribunaux suisses, lors de l'interprétation de la LRFP, de tenir compte de la jurisprudence européenne en matière de responsabilité du fait des produits. Cela étant, l'intention du législateur d'adapter le droit suisse au droit européen de manière autonome doit être prise en compte et il convient donc d'éviter de contrecarrer l'harmonisation voulue sans qu'il y ait pour cela un bon motif (cf. ATF 129 III 335 consid. 6 p. 350; cf. également ATF 136 III 552 consid. 3.3 p. 558; ATF 133 III 180 consid. 3.5 p. 184; ATF 132 III 32 consid. 4.1 p. 37).

2.3 Selon l'art. 1 al. 1 let. b LRFP, le producteur est responsable lorsqu'un produit défectueux cause un dommage à une chose ou la destruction d'une chose d'un type qui la destine habituellement à l'usage ou à la consommation privés et qui a été principalement utilisée à des fins privées par la victime. L'art. 1 al. 2 LRFP précise que le producteur ne répond pas du dommage causé au produit défectueux lui-même, ce préjudice étant régi par le droit de la responsabilité
BGE 137 III 226 S. 230
contractuelle (cf. FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, Grundriss der Produktehaftpflicht, 1993, n° 130 p. 61).
Ces dispositions correspondent au droit européen, lequel prévoit que, si un défaut d'un produit cause un dommage à une chose ou la destruction d'une chose, autre que le produit défectueux lui-même, le producteur dudit produit en est responsable, à condition que cette chose soit d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privés et qu'elle ait été utilisée par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privés (art. 1er et art. 9 let. b de la Directive 85/374/CEE).
La CJCE a interprété l'art. 9 let. b de la Directive 85/374/CEE dans l'arrêt invoqué par l'intimée, l'objet du litige étant un dommage matériel causé à un bâtiment par un groupe électrogène défectueux qui avait pris feu; elle a jugé que la directive précitée ne s'appliquait pas à la réparation de dommages causés à une chose destinée à l'usage professionnel et utilisée pour cet usage, mais qu'elle n'empêchait pas le législateur national d'instaurer une responsabilité du producteur pour de tels préjudices. En d'autres termes, selon la jurisprudence de la CJCE, le droit communautaire n'exclut pas une responsabilité du producteur pour des dommages à des choses à usage professionnel (cf. critique de RENATE SCHAUB, Europäische Produktehaftung: Wie weit reicht die Harmonisierung heute-, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht [ZEuP] 2011 p. 56 ss).
En l'espèce, on ne voit pas en quoi l'art. 1 al. 1 let. b LRFP, la Directive 85/374/CEE ou la jurisprudence européenne précitée apporteraient un quelconque argument en faveur de la thèse de l'intimée. En effet, la recourante ne réclame pas réparation d'un dommage que la prothèse, à cause d'un défaut, aurait causé à une autre chose, hypothèse envisagée à l'art. 1 al. 1 let. b LRFP et à l'art. 9 let. b de la directive, interprété par la CJCE. Il n'y a donc pas à se demander en l'occurrence si une prothèse de la hanche est une chose à usage privé du patient. Le préjudice en jeu n'est pas non plus le dommage subi par la prothèse elle-même, auquel cas la LRFP ne s'appliquerait effectivement pas. La demande de la recourante tend en réalité à obtenir réparation du dommage consécutif à des lésions corporelles causées par la prothèse du fait de défauts. La disposition topique n'est pas l'art. 1 al. 1 let. b LRFP, mais l'art. 1 al. 1 let. a LRFP, qui prévoit une responsabilité du producteur lorsque le produit défectueux provoque des lésions corporelles. Or, dans ce cas-là, il est sans importance de savoir si le produit a été utilisé dans le cadre d'une
BGE 137 III 226 S. 231
activité privée ou professionnelle (FRANZ WERRO, Produktehaftpflicht, SPR vol. X, 2008, p. 416).
Pour le surplus, l'intimée ne conteste plus que la prothèse de la hanche est un produit au sens de l'art. 3 LRFP (cf. WALTER FELLMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 4e éd. 2007, n° 4 ad art. 3 LRFP; HANS-JOACHIM HESS, Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz [PrGH], 2e éd. 1996, n° 54 p. 234). Et le fait que la prothèse ait été utilisée à l'occasion d'un service ne saurait lui enlever cette qualité (cf. FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 2005, nos 742 s. p. 192 s.).
Il s'ensuit que la cour cantonale s'est fondée à bon droit sur la LRFP pour se prononcer sur la prétention de la recourante.

3.

3.1 A la différence du Tribunal de première instance, la Chambre civile a jugé que la prothèse implantée à la recourante était défectueuse. Elle a nié une erreur dans le processus de fabrication. En revanche, elle a admis une erreur de conception; à son avis, l'usure précoce de la prothèse présentait un danger pour la patiente parce qu'elle entraînait la production de particules pouvant aboutir à une résorption osseuse. En outre, elle a retenu un défaut d'instruction, car l'intimée a créé des attentes infondées quant à la résistance accrue de sa prothèse.
Les parties critiquent toutes deux cette partie de l'arrêt cantonal. Pour la recourante, la Chambre civile a exclu à tort l'existence d'un défaut de fabrication de la prothèse implantée lors de l'intervention du 19 avril 1996. Comme l'intimée n'a ni exposé ni établi ses procédures de fabrication, un défaut de fabrication touchant un seul produit du même lot ne serait pas exclu. Or, la preuve libératoire fondée sur l'art. 5 al. 1 let. e LRFP, admise en l'espèce par la Chambre civile, ne serait pas possible en cas de défaut de fabrication.
Pour sa part, l'intimée conteste toute erreur de conception ou d'instruction. Elle relève en particulier qu'il n'y a pas eu d'autres plaintes concernant le lot dont provenait la prothèse litigieuse et que Swissmedic n'a pas rencontré de problèmes avec le produit en question. Par ailleurs, le producteur nie avoir donné des garanties et fait des promesses; celles-ci émaneraient du médecin ayant posé la prothèse.
Comme la recourante prétend qu'un défaut de fabrication exclut la preuve libératoire au sens de l'art. 5 al. 1 let. e LRFP, il convient d'examiner son grief en priorité.
BGE 137 III 226 S. 232

3.2 Selon l'art. 4 al. 1 LRFP, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances, notamment de sa présentation, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. Le défaut au sens de la LRFP se rapporte au niveau de sécurité du produit, et non pas à l'aptitude du produit à l'usage; la notion ne correspond ainsi pas à celle du défaut en matière de responsabilité contractuelle. Cela découle du but de la responsabilité du fait des produits, qui tend à protéger le consommateur contre les dommages causés à sa santé ou à ses biens par un produit défectueux. La sécurité attendue dans un cas donné s'apprécie de manière objective, en fonction des expectatives du consommateur moyen (ATF 133 III 81 consid. 3.1 p. 83 s. et les références; WERRO, SPR, op. cit., p. 426). Il appartient au lésé de prouver le défaut. Même si parfois une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, il n'en découle pas un renversement du fardeau de la preuve au détriment du producteur (cf. ATF 133 III 81 consid. 4.2 p. 87 ss).
Dans le cas particulier, l'examen de la prothèse litigieuse aurait permis d'établir s'il y avait ou non défaut de fabrication, à savoir une erreur intervenue dans le processus de fabrication d'un produit en soi bien conçu (ATF 133 III 81 consid. 3.2 p. 85); selon toute probabilité, la lésée aurait alors été en mesure d'apporter une preuve stricte. Or, une telle démarche s'est révélée impossible parce que la recourante, respectivement le médecin qui a pratiqué l'intervention, n'ont pas conservé la prothèse retirée lors de l'opération du 9 avril 2002; la prothèse litigieuse n'a ainsi pas été produite dans la procédure du fait de la recourante. Toute possibilité de contre-preuve était pratiquement exclue pour l'intimée. En conséquence, rien ne saurait être déduit au détriment de l'intimée du fait qu'elle n'a pas apporté cette contre-preuve, ce d'autant moins qu'elle ne supporte pas le fardeau de la preuve et n'a pas à démontrer l'absence de défaut. Pour le reste, la recourante ne discute pas la motivation de la Chambre civile.
En conclusion, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en retenant qu'une erreur dans le processus de fabrication de la prothèse litigieuse n'avait pas été établie.

3.3 Les questions soulevées par l'intimée en rapport avec les défauts admis dans l'arrêt attaqué peuvent rester indécises s'il faut admettre, à l'instar des instances cantonales, qu'un cas d'exception à la responsabilité du producteur est de toute manière donné en l'espèce.
BGE 137 III 226 S. 233

4. La Chambre civile a jugé que l'exception à la responsabilité prévue à l'art. 5 al. 1 let. e LRFP était réalisée. La recourante conteste que tel soit le cas.

4.1 Aux termes de l'art. 5 al. 1 let. e LRFP, le producteur d'un produit défectueux n'est pas responsable s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut. Il s'agit d'exclure de la responsabilité du fait des produits ce que l'on nomme les risques de développement, à savoir des risques imprévisibles, non identifiables lors de la mise en circulation du produit compte tenu de l'état des connaissances scientifiques et techniques (WERRO, SPR, op. cit., p. 444 ss; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, op. cit., n^{os} 335 ss p. 119 ss).
L'état des connaissances scientifiques et techniques doit être établi selon un standard objectif, et non selon le savoir d'un producteur particulier. L'état des connaissances déterminant est celui existant au moment de la mise en circulation du produit concrètement mis en cause; il importe peu que des produits de la même série aient déjà été mis en circulation antérieurement. Ces connaissances doivent être accessibles à ce moment-là et être reconnues comme sérieuses par la communauté scientifique concernée; des opinions isolées ne sont en principe pas déterminantes, à tout le moins par rapport à des produits qui ne présentent pas un danger particulièrement élevé pour la population ou l'environnement (WERRO, SPR, op. cit., p. 446 s.).
La notion d'état des connaissances scientifiques et techniques relève du droit. En revanche, déterminer quel était cet état à un moment donné est une question de fait.

4.2 La Chambre civile a constaté notamment ce qui suit:
Les prothèses du type de celle posée à la recourante étaient admises sur les marchés américain, européen et suisse en 1996. La défectuosité du produit Z., à l'origine de l'usure prématurée de la prothèse litigieuse, n'a pas fait l'objet de publications scientifiques avant la date à laquelle la recourante a été opérée la première fois. Plusieurs années d'expérience ont été nécessaires pour constater que la viabilité plus longue du produit Z., promise *in vitro,* ne se confirmait pas *in vivo* ; l'état des connaissances scientifiques et techniques en 1996 laissait encore penser à un avantage certain du produit Z. pour le patient. Sur la base de documents parus dans la littérature scientifique, rien ne permettait de présumer l'existence d'un défaut à l'époque de la pose de la prothèse.
BGE 137 III 226 S. 234
Ce sont là des constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), à moins que la recourante ne démontre de manière circonstanciée qu'elles ont été établies de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 136 II 304 consid. 2.4 p. 314; ATF 135 III 127 consid. 1.5 p. 130, ATF 135 III 397 consid. 1.5 p. 401; ATF 135 II 145 consid. 8.1 p. 153) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 et art. 105 al. 2 LTF; ATF 135 III 127 consid. 1.5 p. 129 s.). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560; ATF 134 V 53 consid. 4.3 p. 62; ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

La recourante invoque brièvement l'arbitraire à propos de la conclusion de l'arrêt cantonal selon laquelle l'état des connaissances scientifiques et techniques en 1996 ne permettait pas de déceler l'existence du défaut. Elle expose, sans autre explication, que la Cour de justice est parvenue à cette conclusion sur la base d'éléments non probants et sans disposer d'éléments concrets, ni d'une expertise sur la question de l'état de la science et de la technique en matière de technologie et de physique des matériaux propre à se déterminer sur ce point, dans un domaine éminemment technique. Une telle critique sommaire, consistant en de simples affirmations, ne satisfait manifestement pas aux exigences légales en matière de motivation du grief d'arbitraire et se révèle, dans cette mesure, irrecevable.
La recourante renvoie en outre aux développements qu'elle a consacrés à la critique de l'application de l'art. 5 al. 1 let. e LRFP par la cour cantonale. Une telle façon de procéder est pour le moins contestable sur le plan procédural. Au demeurant, on n'y trouve rien qui soit susceptible d'établir l'arbitraire des constatations précitées. En particulier, la recourante n'indique pas concrètement pour quel motif il était arbitraire de se fonder sur les avis d'experts figurant au dossier, ni pour quel motif une autre expertise était indispensable. Pour démontrer l'arbitraire, elle aurait pu se référer à une publication scientifique ou technique antérieure à avril 1996 et non prise en compte par la cour cantonale, dans laquelle des problèmes liés au produit Z. étaient exposés ou traités. Or, elle n'en a rien fait.
BGE 137 III 226 S. 235

4.3 La recourante s'en prend également à l'application de l'art. 5 al. 1 let. e LRFP, contestant que l'intimée ait apporté la preuve libératoire.
Dans la mesure où elles concernent essentiellement les faits et leur établissement, ces objections ne sont, comme déjà relevé, pas recevables.
La recourante se plaint également d'une violation des règles sur le fardeau de la preuve, qui incombait en l'occurrence à l'intimée. La Chambre civile a admis, sur la base d'une appréciation des preuves, que l'état des connaissances et techniques, en 1996, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut de la prothèse. Or, une règle sur le fardeau de la preuve ne prescrit pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (cf. ATF 127 III 519 consid. 2a p. 522), ni comment le juge doit apprécier les preuves (cf. ATF 128 III 22 consid. 2d p. 25; ATF 127 III 248 consid. 3a p. 253, ATF 127 III 519 consid. 2a p. 522). Dès lors que les faits sont prouvés, la question du fardeau de la preuve ne se pose plus, de sorte que le grief tombe à faux.
Pour le surplus, l'exonération de l'intimée en application de l'art. 5 al. 1 let. e LRFP ne prête pas le flanc à la critique sur le vu des faits rappelés ci-dessus.

Pra 100 (2011) Nr. 116

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung

Entscheid vom 18. März 2011 i.S. X. c. Y. AG (4A_16/2011)

Übersetzt von NELLY HALDI

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt.)

BGE 137 III 226

Produktehaftpflicht; ersatzfähiger Schaden; Nachweis eines Fabrikationsfehlers; Ausnahme von der Haftung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG (Art. 1, 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 lit. e PrHG). *Eine Person, der eine Hüftprothese implantiert worden ist, kann den Ersatz des Folgeschadens verlangen, der sich aus einer durch die fehlerhafte Prothese verursachten Körperverletzung ergibt, und zwar ohne dass geprüft werden müsste, ob es sich beim Implantat um eine zum privaten Gebrauch des Patienten bestimmte Sache handelt (E. 2). Der Geschädigte hat den Fehler zu beweisen. Auch wenn mitunter kein strikter Beweis verlangt werden kann, kommt es nicht zu einer Umkehr der Beweislast. Der Geschädigte kann daher der Herstellerin nicht vorwerfen, ihre Produktionsverfahren nicht aufgezeigt zu haben, nachdem ihm der Beweis eines Produktionsfehlers misslungen ist, weil er die strittige Prothese nicht vorweisen konnte (E. 3). Eine Produktehaftpflicht für Entwicklungsrisiken ist ausgeschlossen, mithin für unvorhersehbare Risiken, die im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts nach dem damaligen Stand der Wissenschaft sowie der Technik nicht erkennbar waren (E. 4).*

Sachverhalt:

Am 19. April 1996 wurde der damals 38-jährigen X. in einer Genfer Klinik rechtsseitig ein künstliches Hüftgelenk eingesetzt. Die Prothese setzte sich aus einer metallenen Pfanne mit einem Kern aus Polyethylen Z., einem ebenfalls aus Polyethylen Z. bestehenden Insert, einem Kopf aus Zirconium und einem Schaft zusammen. Herstellerin war eine Gesellschaft, die 1999 von der Y. AG übernommen wurde.

Ende 1999 wurde bei einer Radiographie eine Abreibung des Polyethylens Z., aus dem das Insert der Pfanne bestand, festgestellt. Im Jahr 2001 hatte sich die Abreibung verstärkt. Am 9. April 2002 wurde X. ein zweites Mal operiert, um die Pfanne zu ersetzen.

Am 27. Mai 2004 reichte die damals im Kanton Genf wohnhafte X. gestützt auf das Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht (PrHG; SR 221.112.944) Klage gegen die Y. AG ein. Sie stellte eine Forderung von Fr. 293 934.–, näm

lich Fr. 231 640.– für Haushaltschaden, Fr. 12 294.– für Erwerbsschaden, Fr. 30 000.– als Genugtuung und Fr. 20 000.– für die vorprozesslichen Anwaltskosten.

Mit Urteil vom 4. Februar 2010 wies das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf die Klage von X. ab, indem es zunächst die Verjährungseinrede der Y. AG abwies und sodann festhielt, ein Struktur- oder Konzeptionsfehler der Prothese sei auszuschliessen; eventualiter erwog es, ein möglicher Fehler habe nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt, in dem die Prothese in Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden können.

Auf Berufung von X. hin bestätigte die Zivilkammer des Gerichtshofs des Kantons Genf mit Urteil vom 19. November 2010 die Abweisung der Klage. Indem sie eine neue Einwendung der Y. AG abwies, erwog sie, die Prothese sei ein Produkt gemäss PrHG. Entgegen der Ansicht der Erstinstanz hielt sie des Weiteren dafür, die Prothese sei fehlerhaft im Sinne von Art. 4 PrHG. In Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG sei eine Haftung der Y. AG indessen zu verneinen, da der Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, nicht habe erkannt werden können.

X. gelangt mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie beantragt, die Y. AG sei zu verurteilen, ihr Fr. 293 934.– zusätzlich Zinsen zu 5 % auf Fr. 243 934.– seit dem Datum des Urteils, auf Fr. 30 000.– seit Mai 2002 und auf Fr. 20 000.– seit Juni 2004 zu bezahlen.

Die Y. AG beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1. [. . .]

2. [. . .]
Als Erstes ist ein in der Beschwerdeantwort geltend gemachtes Argument zu prüfen. Wenn das PrHG, wie die Beschwerdegegnerin geltend macht, in der Tat weder auf Implantate noch Prothesen anwendbar ist, ist die Abweisung der auf das PrGH gestützten Klage zu bestätigen, ohne dass die Rügen der Beschwerdeführerin zu prüfen sind.

2.1 Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin handelt es sich bei einer Hüftprothese um ein ausschliesslich von einem Arzt im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit verwendetes Produkt, das nur durch einen Spezialisten mittels eines chirurgischen Eingriffs, d.h. im Rahmen einer bezahlten Dienstleistung, eingesetzt werden kann. Sie sei somit kein für den privaten Gebrauch bestimmtes Produkt. Die Beschwerdegegnerin schliesst daraus, das PrHG sei vorliegend nicht anwendbar. Sie stützt sich diesbezüglich auf Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG sowie ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) betreffend die Richtlinie 85/374/

EWG (Urteil vom 4. Juni 2009 in der Rechtssache C-285/08, *Moteurs Leroy Somer c. Dalkia France* et *Ace Europe*).

2.2 Einleitend ist die Tragweite der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten europäischen Rechtsprechung zu präzisieren.

Das im Hinblick auf einen Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) erarbeitete PrHG wurde trotz des negativen Ausgangs der Volksabstimmung über das EWR-Abkommen angenommen. Es basiert weitgehend auf der Richtlinie 85/374/EWG des Rats vom 25. Juni 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L 210 vom 7. August 1985 S. 29 (vgl. BGE 133 III 81 E. 3 S. 83 = Pra 2007 Nr. 93). Im Gegensatz zu anderen Bereichen (vgl. BGE 134 III 218 E. 3.3 S. 221 f. = Pra 2008 Nr. 120) sind indessen die schweizerischen Gerichte bei der Auslegung des PrHG in keiner Weise verpflichtet, der europäischen Rechtsprechung im Bereich der Produktehaftpflicht Rechnung zu tragen. Anderseits ist der vom Gesetzgeber beabsichtigte autonome Nachvollzug des europäischen Rechts zu berücksichtigen und zu vermeiden, dass die angestrebte Harmonisierung ohne trifftigen Grund vereitelt wird (vgl. BGE 129 III 335 E. 6 S. 350; vgl. auch BGE 136 III 552 E. 3.3 S. 558 = Pra 2011 Nr. 41; BGE 133 III 180 E. 3.5 S. 184; 132 III 32 E. 4.1 S. 37 = Pra 2006 Nr. 81).

2.3 Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG haftet die Herstellerin für den Schaden, wenn ein fehlerhaftes Produkt dazu führt, dass eine Sache beschädigt oder zerstört wird, die nach ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet worden ist. Art. 1 Abs. 2 PrHG präzisiert, dass die Herstellerin nicht für den Schaden am fehlerhaften Produkt selbst haftet; dieser untersteht den Regeln über die Vertragshaftung (vgl. WALTER FELLMANN/GABRIELLE VON BÜREN-VON MOOS, Grundriss der Produktehaftpflicht, 1993, S. 61 N. 130).

Diese Bestimmungen entsprechen dem europäischen Recht, das vorsieht, dass der Hersteller eines fehlerhaften Produkts für die Beschädigung oder Zerstörung einer anderen Sache als des fehlerhaften Produktes haftet, sofern diese Sache von einer Art ist, wie sie gewöhnlich für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt ist, und vom Geschädigten hauptsächlich zum privaten Ge- oder Verbrauch verwendet worden ist (Art. 1 und Art. 9 lit. b Richtlinie 85/374/EWG).

Der EuGH hat Art. 9 lit. b Richtlinie 85/374/EWG im Urteil, auf das sich die Beschwerdegegnerin beruft – es betraf den von einem fehlerhaften Stromaggregat, das Feuer fing, an einem Gebäude verursachten Sachschaden – ausgelegt. Er erwog, die erwähnte Richtlinie sei nicht auf die Haftung für einen Schaden anwendbar, der an einer für den beruflichen Gebrauch bestimmten und beruflich verwendeten Sache entstanden sei, hindere aber einen Mitgliedstaat nicht daran, für solche Schäden eine Haftung des Herstellers vorzusehen. Gemäss

der Rechtsprechung des EuGH schliesst somit das Gemeinschaftsrecht die Haftung des Herstellers für Schäden an zum beruflichen Gebrauch bestimmten Sachen nicht aus (vgl. Kritik von RENATE SCHAUB, Europäische Produktehaftung: Wie weit reicht die Harmonisierung heute?, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht [ZEuP] 2011 S. 56 ff.).

Vorliegend ist nicht ersichtlich, welches Argument zu Gunsten der Beschwerdegegnerin aus Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG, der Richtlinie 85/374/EWG oder der erwähnten europäischen Rechtsprechung abgeleitet werden könnte. In der Tat verlangt die Beschwerdeführerin nicht die Wiedergutmachung eines Schadens, den die fehlerhafte Prothese an einer anderen Sache verursacht hat, wie dies Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG und der vom EuGH ausgelegte Art. 9 lit. b der Richtlinie vorsehen. Die Frage, ob eine Hüftprothese eine zum privaten Gebrauch des Patienten bestimmte Sache sei, stellt sich somit vorliegend nicht. Es geht auch nicht um einen Schaden an der Prothese selbst, wobei in diesem Fall das PrHG in der Tat nicht anwendbar wäre. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin zielt in Wirklichkeit auf die Wiedergutmachung des Schadens, der infolge der von der fehlerhaften Prothese verursachten Körperverletzung entstanden ist. Anwendbar ist nicht Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG, sondern Art. 1 Abs. 1 lit. a PrHG, der die Haftung der Herstellerin vorsieht, wenn ein fehlerhaftes Produkt dazu führt, dass eine Person verletzt wird. In diesem Fall ist indessen nicht von Belang, ob das Produkt für den privaten oder den beruflichen Gebrauch bestimmt ist (FRANZ WERRO, Produktehaftpflicht, SPR Bd. X, 2008, S. 416).

Zudem bestreitet die Beschwerdegegnerin nicht mehr, dass es sich bei der Hüftprothese um ein Produkt gemäss Art. 3 PrHG handelt (vgl. BSK OR I-FELLMANN, 4. Aufl. 2007, N 4 zu Art. 3 PrHG; HANS-JOACHIM HESS, Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz [PrHG], 2. Aufl. 1996, S. 234 N. 54). Als solches ist die Prothese auch zu qualifizieren, wenn sie im Rahmen einer Dienstleistung gebraucht wird (vgl. FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 2005, S. 192 f. N. 742 f.).

Demnach stützte die Vorinstanz ihren Entscheid über die Ansprüche der Beschwerdeführerin zu Recht auf das PrHG.

3.

3.1 Entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts gelangte die Vorinstanz zum Schluss, die der Beschwerdeführerin implantierte Prothese sei fehlerhaft. Ein Fabrikationsfehler sei auszuschliessen. Es liege dagegen ein Konzeptionsfehler vor; die vorzeitige Abreibung der Prothese habe für die Patientin eine Gefahr dargestellt, da die dadurch produzierten Partikel zu einem Abbau der Knochenmasse hätten führen können. Ausserdem liege ein Instruktionsfehler vor, da die Beschwerdegegnerin unbegründete Erwartungen bezüglich der erhöhten Widerstandfähigkeit ihrer Prothese geweckt habe.

Beide Parteien kritisieren diese Erwägungen des kantonalen Entscheids zu diesem Punkt. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz zu Un

recht einen Fabrikationsfehler der am 19. April 1996 implantierten Prothese ausgeschlossen. Da die Beschwerdegegnerin ihr Fabrikationsverfahren weder aufgezeigt noch festgelegt habe, sei ein Fabrikationsfehler eines einzelnen Produkts einer Serie nicht auszuschliessen. Der auf Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG gestützte und vorliegend von der Vorinstanz zugelassene Entlastungsbeweis könne aber im Fall eines Fabrikationsfehlers nicht geführt werden.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet ihrerseits das Vorliegen eines Konzeptions- oder Instruktionsfehlers. Sie hebt insbesondere hervor, bezüglich der Serie, der die strittige Prothese angehört habe, habe es keine weiteren Klagen gegeben, und Swissmedic habe mit dem fraglichen Produkt keine Probleme gehabt. Zudem habe sie als Herstellerin keine Garantien abgegeben oder Versprechungen gemacht; dies sei von Seiten des Arztes geschehen, der die Prothese eingesetzt habe.

Da die Beschwerdeführerin geltend macht, ein Fabrikationsfehler schliesse den Entlastungsbeweis gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG aus, ist zuerst ihre Rüge zu prüfen.

3.2 Gemäss Art. 4 Abs. 1 PrHG ist ein Produkt fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist; dabei sind insbesondere die Art und Weise, in der es dem Publikum präsentiert wird, der Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann, und der Zeitpunkt, in dem es in Verkehr gebracht wurde, zu berücksichtigen. Die Fehlerhaftigkeit gemäss PrHG bezieht sich auf die Sicherheit des Produkts und nicht auf die Tauglichkeit des Produkts zum Gebrauch; der Begriff entspricht somit nicht dem des Mangels im Bereich der Vertragshaftung. Dies ergibt sich aus dem Zweck der

Produktehaftpflicht, die den Verbraucher vor der Schädigung seiner Gesundheit oder seines Eigentums durch ein fehlerhaftes Produkt schützen soll. Die im Einzelfall zu erwartende Sicherheit bemisst sich nach objektiven Kriterien nach den Erwartungen des durchschnittlichen Konsumenten (BGE 133 III 81 E. 3.1. S. 83 f. mit Hinweisen = Pra 2007 Nr. 93; WERRO, SPR, a.a.O., S. 426). Die Fehlerhaftigkeit ist vom Geschädigten zu beweisen. Auch wenn der strikte Beweis nicht immer möglich ist oder vernünftigerweise erwartet werden kann, folgt daraus keine Umkehr der Beweislast zu Ungunsten der Herstellerin (vgl. BGE 133 III 81 E. 4.2. S. 87 ff. = Pra 2007 Nr. 93).

Vorliegend hätte die Prüfung der Prothese erlaubt festzustellen, ob ein Fabrikationsfehler, d.h. ein Fehler im Fabrikationsverfahren eines an sich richtig konzipierten Produkts vorlag (BGE 133 III 81 E. 3.2 S. 85 = Pra 2007 Nr. 93). Aller Wahrscheinlichkeit nach wäre die Geschädigte in diesem Fall in der Lage gewesen, den strikten Beweis zu erbringen. Dies war indessen nicht möglich, da die Beschwerdeführerin bzw. der den Eingriff vornehmende Arzt die bei der Operation vom 9. April 2002 entfernte Prothese nicht aufbewahrten; die strittige Prothese wurde im Beweisverfahren der Beschwerdeführerin somit nicht vorge

legt. Die Beschwerdegegnerin hatte praktisch keine Möglichkeit, den Gegenbeweis zu führen. Aus der Tatsache, dass sie den Gegenbeweis nicht erbracht hat, lässt sich somit nichts zu ihren Ungunsten ableiten, dies um so weniger, als sie nicht mit dem Beweis belastet ist und das Nichtvorhandensein eines Fehlers nicht zu beweisen hat. Im Übrigen stellt die Beschwerdeführerin die Begründung der Vorinstanz nicht in Frage.

Abschliessend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz Bundesrecht nicht verletzte, indem sie festhielt, ein Fehler im Fabrikationsverfahren der strittigen Prothese sei nicht erstellt.

3.3 Die von der Beschwerdegegnerin aufgeworfenen Fragen bezüglich der im angefochtenen Entscheid anerkannten Fehler sind nicht zu entscheiden, wenn, wie dies die kantonalen Instanzen getan haben, angenommen wird, im vorliegenden Fall liege ohnehin eine Ausnahme von der Haftung vor.

4.
Die Vorinstanz erwog, der Haftungsausschluss nach Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG habe sich verwirklicht. Von der Beschwerdeführerin wird dies bestritten.

4.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG haftet die Herstellerin eines fehlerhaften Produkts nicht, wenn sie beweist, dass der Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden konnte. Es handelt sich darum, die Produktehaftpflicht von den sogenannten Entwicklungsrisiken auszunehmen, d.h. unvorhersehbaren Risiken, die im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts nach dem damaligen Stand der Wissenschaft und Technik nicht erkennbar waren (WERRO, SPR, a.a.O., S. 444 ff.; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS, a.a.O., S. 119 ff. N. 335 ff.).

Der Stand der Wissenschaft und Technik ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen, nicht nach dem Wissensstand eines einzelnen Herstellers. Als massgebender Wissensstand hat der Stand im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des konkret in Frage stehenden Produkts zu gelten; dass zuvor bereits Produkte der gleichen Serie in Verkehr gebracht wurden, ist unmassgeblich. Das Wissen muss zu diesem Zeitpunkt zugänglich gewesen und von der betreffenden wissenschaftlichen Gemeinschaft anerkannt worden sein; Einzelmeinungen sind grundsätzlich unmassgeblich, zumindest in Bezug auf Produkte, die für die Bevölkerung oder die Umwelt keine besonders hohe Gefahr darstellen (WERRO, SPR, a.a.O., S. 446 f.).

Beim Begriff des Stands der Wissenschaft und Technik handelt es sich um eine Rechtsfrage. Die Bestimmung dieses Stands zu einem bestimmten Zeitpunkt ist dagegen eine Tatfrage.

4.2 Die Vorinstanz hat namentlich Folgendes festgestellt:

Prothesen des Typs, wie sie der Beschwerdeführerin eingesetzt wurde, wurden auf dem amerikanischen, europäischen und schweizerischen Markt 1996 zugelassen. Die Fehlerhaftigkeit des Produkts Z. als Ursache der vorzeitigen Abreibung der strittigen Prothese war vor dem Datum, an dem die Beschwerdeführerin das erste Mal operiert wurde, nicht Gegenstand wissenschaftlicher Veröffentlichungen. Es waren mehrere Jahre der Erfahrung notwendig, um festzustellen, dass die in vitro versprochene längere Lebensdauer des Produkts Z. sich in vivo nicht bestätigte; nach dem Stand der Wissenschaft und Technik konnte 1996 noch davon ausgegangen werden, dass das Produkt Z. dem Patienten einen sicheren Vorteil bietet. Nichts liess aufgrund der in der wissenschaftlichen

Literatur erschienenen Dokumente im Zeitpunkt der Prothesenimplantation auf Fehlerhaftigkeit schliessen.

Es handelt sich hier um eine Sachverhaltsfeststellung, an die das Bundesgericht gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG), wenn die Beschwerdeführerin nicht ausführlich darlegen kann, dass sie offensichtlich unrichtig – was willkürlich im Sinne von Art. 9 BV bedeutet (BGE 136 II 304 E. 2.4 S. 314; 135 III 127 E. 1.5 S. 130; 135 III 397 E. 1.5 S. 401 = Pra 2010 Nr. 7; BGE 135 II 145 E. 8.1 S. 153 = Pra 2009 Nr. 108) – ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und dass die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und 105 Abs. 2 BGG; BGE 135 III 127 E. 1.5 S. 129 f.). Im Bereich der Beweiswürdigung und der Tatsachenfeststellung liegt Willkür nur dann vor, wenn die Behörde ohne triftigen Grund ein Beweismittel nicht berücksichtigt, das zu einem anderen Entscheid führen könnte, wenn sie sich ganz offensichtlich in seinem Sinn und seiner Tragweite täuscht oder wenn sie gestützt auf die zusammengetragenen Elemente zu unhaltbaren Schlüssen kommt (BGE 136 III 552 E. 4.2 S. 560 = Pra 2011 Nr. 41; BGE 134 V 53 E. 4.3 S. 62 = Pra 2008 Nr. 136; BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9 = Pra 2003 Nr. 58).

Die Beschwerdeführerin macht Willkür im Wesentlichen im Zusammenhang mit der Erwägung des kantonalen Entscheids geltend, der Stand der Wissenschaft und Technik habe 1996 nicht erlaubt, den Fehler zu erkennen. Sie hält ohne weitere Erklärung dafür, die Vorinstanz sei aufgrund von nicht beweiskräftigen Elementen zu diesem Schluss gelangt und habe weder über konkrete Elemente noch über ein Gutachten zum Stand der Wissenschaft und Technik im Bereich der Materialtechnologie und Materialphysik verfügt, das erlaubt hätte, in diesem Punkt in einem hochtechnischen Bereich zu entscheiden. Eine solche aus einfachen Behauptungen bestehende summarische Kritik erfüllt die gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Willkürrüge offensichtlich nicht; insofern ist nicht darauf einzutreten.

Die Beschwerdeführerin verweist im Weiteren auf ihre Ausführungen zur Rüge betreffend die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG durch die Vorinstanz. Eine solche Vorgehensweise ist auf Verfahrensebene zumindest fragwür

dig. Im Übrigen geht daraus nichts hervor, was in den vorerwähnten Feststellungen auf Willkür schliessen liesse. Insbesondere führt die Beschwerdeführerin nicht konkret aus, weshalb es willkürlich gewesen sein soll, sich auf die Meinung der im Dossier aufgeführten Experten zu stützen, und weshalb ein weiteres Gutachten notwendig gewesen wäre. Zum Nachweis der Willkür hätte sie sich auf eine vor April 1996 veröffentlichte und von der Vorinstanz nicht berücksichtigte wissenschaftliche oder technische Publikation beziehen können, in der mit dem Produkt Z. verbundene Probleme aufgezeigt oder behandelt wurden. Dies hat sie aber nicht getan.

4.3 Die Beschwerdeführerin rügt die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG ebenfalls, indem sie die Ansicht vertritt, die Beschwerdegegnerin habe den Entlastungsbeweis nicht erbracht.

Insofern sie im Wesentlichen die Tatsachen und ihre Feststellung betreffen, kann auf diese Einwendungen, wie bereits festgehalten, nicht eingetreten werden.

Die Beschwerdeführerin rügt zudem eine Verletzung der Regeln der Beweislastverteilung, wobei die Beweislast vorliegend bei der Beschwerdegegnerin lag. Die Vorinstanz hat aufgrund der Beweiswürdigung anerkannt, dass der Stand der Wissenschaft und Technik 1996 nicht erlaubte, den Fehler der Prothese zu erkennen. Eine Beweislastregel schreibt indessen weder vor, welche Beweismittel anzuordnen sind (vgl. BGE 127 III 519 E. 2a S. 522 = Pra 2001 Nr. 195), noch wie der Richter die Beweise zu würdigen hat (vgl. BGE 128 III 22 E. 2d S. 25 = Pra 2002 Nr. 74; BGE 127 III 248 E. 3a S. 253 = Pra 2002 Nr. 72; BGE 127 III 519 E. 2a S. 522 = Pra 2001 Nr. 195). Sobald die Tatsachen bewiesen sind, stellt sich die Frage der Beweislast nicht mehr, so dass die Rüge hinfällig ist.

Zudem ist die Verneinung der Haftung der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG im Licht der oben aufgeführten Tatsachen nicht zu kritisieren.

5. [. . .]

{T 0/2}

4A_365/2014; 4A_371/2014

Urteil vom 5. Januar 2015

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterin Klett,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterinnen Hohl, Niquille,
Gerichtsschreiber Hurni.

Verfahrensbeteiligte
4A_365/2014
1. *Versicherung A._____ AG*,
2. *Versicherung B._____ AG*,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Volker Pribnow,
Nebenintervenientinnen und Beschwerdeführerinnen,

gegen

D._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Thomas Eichenberger und Peter Schatz,
Beklagte und Beschwerdegegnerin,

und

4A_371/2014
C._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Felix Rüegg,
Klägerin und Beschwerdeführerin,

gegen

D._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Thomas Eichenberger und Peter Schatz,
Beklagte und Beschwerdegegnerin,

Gegenstand
Haftpflichtrecht, Produktehaftpflicht,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 7. Mai 2014.

Sachverhalt:

A.
Die damals 16-jährige C._____ (Klägerin, Beschwerdeführerin) erhielt am 16. Januar 2008 von ihrem Gynäkologen eine Packung der verschreibungspflichtigen Schwangerschaftsverhütungspille "Yasmin" sowie ein Rezept für den Bezug einer weiteren Packung dieser Pille, welche von der D._____ AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) importiert und vertrieben wird.
Am Morgen des 20. März 2008 brach die Klägerin zusammen und musste notfallmässig hospitalisiert werden. Sie erlitt eine beidseitige Lungenembolie und als Folge des Sauerstoffmangels eine schwere Hirnschädigung. Die Klägerin ist heute spastisch gelähmt und schwer invalid. Sie führt ihren Gesundheitsschaden auf eine unerwünschte Nebenwirkung der Pille "Yasmin" zurück, nämlich ein erhöhtes Risiko, bei den Anwenderinnen eine venöse Thromboembolie (nachfolgend: VTE genannt, stellvertretend auch für arterielle Thrombosen und andere Embolien) zu verursachen.
"Yasmin" gehört zu den Kombinationspräparaten, die aus einer Östrogenkomponente (meist Ethinylestradiol) und aus einer Gestagenkomponente bestehen (nachfolgend unter dem Oberbegriff COC oder KOK [für: kombinierte orale Kontrazeptiva] zusammengefasst). "Yasmin" enthält als Gestagen Drospirenon. Ältere Pillen (sog. zweite Generation) enthalten das Gestagen Levonorgestrel, andere neue Verhütungspillen (sog. dritte Generation) das Gestagen Desogestrel oder Gestoden. "Yasmin" erhielt Ende 2000 in der Schweiz die Marktzulassung, welche bis heute andauert. Die Chargen, aus denen die von der Klägerin eingenommene Pillen stammen, wurden spätestens am 22. August 2007 von der Firma E._____, der Rechtsvorgängerin der Beklagten (nachfolgend wird nur noch die Beklagte angeführt), für den Vertrieb freigegeben.

B.

B.a. Mit Klage vom 30. November 2009 beim Bezirksgericht Zürich stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

"1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin wegen ihrer Schädigung durch die Antibabypille "Yasmin" unter dem Titel Schadenersatz von Fr. 5.33 Mio zu bezahlen, zuzüglich allfälliger Schadens- und Verzugszinsen von 5% ab 20.3.2008;
2. Des weiteren sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Genugtuung von Fr. 400'000.-- zu bezahlen, zuzüglich allfälliger Schadens- und Verzugszinsen von 5% ab 20.3.2008;
3. Der Klägerin sei nach durchgeführtem Beweisverfahren Gelegenheit zu geben, ihre Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen definitiv zu beziffern;
4. Unter ausgangsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen".
Das Bezirksgericht beschränkte das Verfahren mit Verfügung vom 29. Februar 2012 auf die Frage der Haftbarkeit der Beklagten. Am 23. Oktober 2012, nach Abschluss des erstinstanzlichen Schriftenwechsels, erklärten die Versicherung A._____ AG und die Versicherung B._____ AG (Nebenintervenientinnen, Beschwerdeführerinnen) ihre Nebenintervention auf Seiten der Klägerin. Diese wurde mit Beschluss vom 25. März 2013 zugelassen.
Mit Urteil vom 13. August 2013 wies das Bezirksgericht die Klage ab. Es auferlegte die Kosten von Fr. 78'000.-- der Klägerin, wobei diese zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wurden, und verpflichtete die Klägerin, die Beklagte mit Fr. 120'000.-- zu entschädigen.

B.b. Sowohl die Klägerin wie die Nebenintervenientinnen reichten gegen dieses Urteil Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich ein, wobei sie im Wesentlichen an den von

der Klägerin erstinstanzlich gestellten Begehren festhielten. Das Obergericht vereinigte die beiden Beschwerden.
Mit Urteil vom 7. Mai 2014 bestätigte es den erstinstanzlichen Entscheid. Die Gerichtskosten von Fr. 100'000.-- für das vereinigte Berufungsverfahren auferlegte es zur Hälfte der Klägerin, wobei deren Anteil zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskosten genommen wurde. Die weitere Hälfte der Entscheidgebühr auferlegte es den Nebenintervenientinnen. Die Klägerin und die Nebenintervenientinnen wurden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 74'000.-- zu bezahlen.

C.

C.a. Mit Beschwerde in Zivilsachen (Verfahren 4A_365/2014) beantragen die Nebenintervenientinnen dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Mai 2014 sei aufzuheben, und es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin (d.h. der Klägerin) wegen deren Schädigung durch die Antibabypille "Yasmin" Schadenersatz von Fr. 5.33 Mio. und eine Genugtuung von Fr. 400'000.-- zu bezahlen, je nebst Zins zu 5 % seit 20.03.2008. Eventualiter sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Mai 2014 aufzuheben und die Sache an das Obergericht des Kantons Zürich, ev. das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen zu weiterem Beweisverfahren und Entscheid betreffend Haftung und Schadenhöhe, wobei der Klägerin Gelegenheit zu geben sei, nach durchgeführtem Beweisverfahren ihre Schadenersatzansprüche und Genugtuungsansprüche definitiv zu beziffern. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.
Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist. Die Vorinstanz hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Die Beschwerdeführerinnen haben unaufgefordert eine Replik eingereicht; die Beschwerdegegnerin hat auf eine weitere Stellungnahme dazu verzichtet.

C.b. Mit im Wesentlichen gleich lautenden Anträgen hat auch die Klägerin Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Mai 2014 eingereicht (Verfahren 4A_371/2014) und ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gestellt.
Zu dieser Beschwerde wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.
Wenn - wie hier - an den Verfahren dieselben Parteien beteiligt sind und den Beschwerden der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, behandelt das Bundesgericht die verschiedenen Eingaben in der Regel in einem einzigen Urteil. Es rechtfertigt sich daher unter den gegebenen Umständen, die beiden Beschwerdeverfahren 4A_365/2014 und 4A_371/2014 zu vereinigen.

2.
Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Mai 2014 ist ein verfahrensabschliessender Rechtsmittelentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz im Sinne von Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG. Der Streitwert übersteigt die Grenze nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist -

unter Vorbehalt einer hinlänglichen Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich auf die Beschwerden einzutreten.

3.

3.1. Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht des Beschwerdeführers (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 135 III 397 E. 1.4 S. 400; 134 III 102 E. 1.1).

3.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl Feststellungen über den Lebenssachverhalt, der dem Streitgegenstand zugrunde liegt, als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1). Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substanziiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 136 II 508 E. 1.2; 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3, 393 E. 7.1, 462 E. 2.4). Soweit sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90; Urteile 4A_275/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 2, nicht publ. in: BGE 137 III 539; 4A_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570). Überdies hat sie darzutun, inwiefern die Behebung des gerügten Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 135 I 19 E. 2.2.2). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG), was in der Beschwerde näher darzulegen ist (BGE 133 III 393 E. 3 S. 395). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18; 133 II 249 E. 1.4.3).

4.
Bei "Yasmin" handelt es sich um ein Arzneimittel zur hormonalen Empfängnisverhütung. Es gehört damit zu den Produkten "chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt oder angepriesen werden" im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (SR 812.21; HMG). Als solches benötigt es eine Bewilligung des Schweizerischen Heilmittelinstituts (Swissmedic), um in den Verkehr gebracht zu werden (Art. 9 Abs. 1 HMG). Diese wird erteilt, wenn die Herstellerin das

Produkt zuvor u.a. klinisch auf seine therapeutische Wirkung und die Sicherheit bzw. ein positives Nutzen-Risikoverhältnis getestet hat (Art. 53 HMG; Art. 5 der Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts vom 9. November 2001 über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln [SR 812.212.22; AMZV]). Es ist unbestritten, dass "Yasmin" in diesem Sinn zugelassen war und nach wie vor ist.
Die Heilmittelgesetzgebung regelt sodann die Arzneimittelinformation. Unter diesem Titel unterscheidet sie zwischen der sog. *Fachinformation* und der *Patienteninformation*. Die Fachinformation richtet sich an Personen, die berechtigt sind, Arzneimittel zu verschreiben oder abzugeben (Art. 13 AMZV). Die Anforderungen an sie sind im Anhang 4 zur AMZV geregelt. Die Patienteninformation richtet sich an die zur Verschreibung und Abgabe berechtigten Personen sowie an diejenigen, die das Arzneimittel anwenden (Art. 14 AMZV). Auch die Anforderungen an die Patienteninformation sind spezifisch geregelt (Anhang 5 zur AMZV). Eine vollständige Formulierung sämtlicher Texte in Übereinstimmung mit diesen Vorgaben ist mit dem Zulassungsgesuch einzureichen und bedarf der Genehmigung (Art. 11 Abs. 1 lit. f HMG; Mosimann/Schott, in: Basler Kommentar Heilmittelgesetz, 2006, N. 30f zu Art. 11 HMG; Philipp Straub, Die Produktehaftpflicht im Heilmittelbereich - rechtsvergleichende Betrachtungen, in: Das neue Heilmittelgesetz, 2004, S. 157 ff., S. 161). Die Zulassungsinhaberin ist sodann verpflichtet, die Arzneimittelinformation der Entwicklung von Wissenschaft und Technik anzupassen (Art. 16 der Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittel [SR 812.212.21; VAM]).
Die für den vorliegenden Fall massgebliche Patienteninformation des Jahres 2007 enthielt u.a. folgende Angaben:

" *Beeinflussung der Blutgerinnung, Risiko für Gefässerkrankungen*
Bei Frauen, die hormonale Empfängnisverhütungsmittel - einschliesslich Yasmin - anwenden, besteht ein leicht erhöhtes Risiko für Gerinnselbildung in Venen und Arterien (venöse und arterielle thromboembolische Krankheiten), welche zu teilweise schweren Gesundheitsschäden führen kann. Das Risiko für Gerinnselbildung ist am Höchsten während dem ersten Anwendungsjahr. Eine Gerinnselbildung kann in Venen zu tiefen Venenthrombosen (Venenentzündung) oder Lungenembolie, in Arterien zu Schlaganfall oder Herzinfarkt führen. Das Risiko für solche Thrombosen oder Embolien besteht bei der Einnahme aller hormonalen Empfängnisverhütungsmittel, es ist jedoch geringer als während einer Schwangerschaft.
(...)
Wann sollten Sie die Einnahme von Yasmin abbrechen und ihren Arzt bzw. Ihre Ärztin aufsuchen?
Wenn einer der folgenden Punkte zutrifft:
(...)
einseitige Beinschmerzen und/oder Schwellung in einem Bein;
plötzliche Atembeschwerden oder plötzliches Auftreten von Husten unklarer Ursache;
plötzlicher starker Schmerz im Brustkorb mit oder auch ohne Ausstrahlung in den linken Arm;
(...)
Welche Nebenwirkungen kann Yasmin haben?
(...)
Selten bis sehr selten
arterielle und venöse thromboembolische Erkrankungen (z.B. Venenthrombose, Lungenembolie, Schlaganfall, Herzinfarkt) ... ."
Die für den vorliegenden Fall massgebliche Fachinformation für Ärzte enthielt u.a. folgende Angaben:

" *Jugendliche*
Die Wirksamkeit und Sicherheit von Yasmin wurde an Frauen ab einem Alter ab 18 Jahren untersucht. Für Jugendliche wird, falls indiziert, die gleiche Dosierung wie bei Erwachsenen empfohlen.
(...)
Warnhinweise und Vorsichtsmassnahmen
Der Nutzen einer Anwendung eines OC sollte gegen die nachfolgend aufgeführten Erkrankungen/Risiken (...) abgewogen und mit jeder Patientin besprochen werden, bevor man sich zur Anwendung eines oralen Kontrazeptivums entschliesst (siehe auch "Kontraindikationen").
(...)
Vor Beginn der Einnahme eines OC wie Yasmin soll eine sorgfältige Eigen- und Familienanamnese erhoben, sowie eine gründliche allgemeine und gynäkologische Untersuchung durchgeführt werden, um (...) Risikozustände feststellen (...) zu können (...) [es folgt eine nähere Beschreibung der nötigen Untersuchungen]
(...)
Der Arzt soll die Patientin auf die ersten Anzeichen der unten aufgeführten Erkrankungen aufmerksam machen. Bei Auftreten entsprechender Symptome oder Verdacht auf eine dieser Erkrankungen sollte das Präparat gegebenenfalls abgesetzt und alternative Verhütungsmethoden mit der Patientin besprochen werden.
(...)
Vaskuläre Risikofaktoren und Komplikationen
Bei Frauen, die hormonelle Kontrazeptiva - einschliesslich Yasmin - anwenden, besteht ein leicht erhöhtes Risiko venöser und arterieller thromboembolischer Krankheiten, wie Myokardinfarkt, Apoplexie, tiefe Beinvenenthrombose, Lungenembolie und Subarachnoidalblutungen.
Venöse Thromboembolien (VTE) können während der Anwendung aller COC auftreten. Das Risiko für venöse Thromboembolien ist während dem ersten Anwendungsjahr eines COC am Höchsten. Die ungefähre VTE-Inzidenz liegt bei OC mit niedriger Östrogendosis (<0,05 mg Ethinylestradiol) bei bis zu 4 Fällen pro 10'000 Frauenjahre verglichen mit etwa 2 Fällen pro 10'000 Frauenjahre bei Nichtanwenderinnen. Die Inzidenz einer VTE unter Einnahme von COC ist jedoch bedeutend niedriger als bei einer Schwangerschaft (6 Fälle pro 10'000 Frauenjahre).
Bei einem Teil der zahlreichen epidemiologischen Studien für Thrombose/Emboliehäufigkeit unter oralen Kontrazeptiva bei gesunden Frauen ohne bekannte Risikofaktoren für Thromboseentstehung wurde ein ca. 2-fach erhöhtes Risiko für ein thromboembolisches Ereignis unter den Kombinationspräparaten mit Gestoden bzw. Desogestrel (sogenannte 3. Generations-OC) im Vergleich zu den sogenannten 2. Generations-OC mit Levonorgestrel bei gleichem Ethinylestradiolgehalt beobachtet. Nicht alle Studien konnten das erhöhte Risiko bestätigen. Prospektive, kontrollierte, randomisierte Studien zu dieser Problematik liegen nicht vor.
Die zurzeit verfügbaren klinischen Daten zu Yasmin erlauben keine klare Zuteilung hinsichtlich des VTE-Risikos zur 2. oder 3. OC-Generation.
(...)
Unerwünschte Wirkungen
Die folgenden unerwünschten Wirkungen werden unter Yasmin beobachtet:
(...)
Herz, Gefässe
Selten: Blutdruckanstieg
Sehr selten: arterielle und venöse thromboembolische Erkrankungen (z.B. Venenthrombose, Lungenembolie, zerebrovaskulärer Insult, Herzinfarkt)."

5.
Die Klägerin begründet ihren Anspruch mit der Fehlerhaftigkeit von "Yasmin" gemäss dem Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produktehaftpflicht (SR 221.112.944; PrHG). Die Vorinstanz führte aus, nach Auffassung der Klägerin sei "Yasmin" ein fehlerhaftes Produkt, weil sie ein höheres VTE-Risiko als KOK der zweiten Generation aufweise und die Beklagte über dieses erhöhte Risiko bei dessen Inverkehrsetzung nicht genügend informiert habe. Der Vorwurf der ungenügenden Information beziehe sich dabei auf die Relation unter den verschiedenen KOK.
Gemäss dem angefochtenen Entscheid sind die Ärzte der massgebliche Adressatenkreis. "Yasmin" sei ein verschreibungspflichtiges Medikament und nur nach einer Arztkonsultation und aufgrund einer Beratung und Untersuchung durch einen fachkundigen Arzt erhältlich. Der Arzt müsse in Kenntnis aller auf dem Markt verfügbaren Präparate mit gleicher Indikation und Kenntnis ihrer positiven wie ihrer negativen Wirkungen entscheiden. Die Sicherheitserwartung an ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel richte sich daher nach jener des verschreibenden Arztes und nicht nach jener der Konsumentin. Entsprechend stellte die Vorinstanz auf die Fachinformation für den Arzt ab. Darin werde das VTE-Risiko von "Yasmin" ausdrücklich beschrieben und auch ein Risikovergleich mit Pillen der zweiten und dritten Generation aufgeführt. Der Arzt habe daher davon ausgehen müssen, dass "Yasmin" auch zur Gruppe der KOK der dritten Generation mit einem bis zu 2-fach erhöhten VTE-Risiko gehören könne. Ebenso sei der Arzt darauf hingewiesen worden, dass es unterschiedliche Studienresultate zum VTE-Risiko gebe und eine zuverlässige Studie fehle. Ausserdem weise die Fachinformation für Ärzte auf das erhöhte Risiko im ersten Anwendungsjahr hin und die Folgen eines VTE-Ereignisses würden näher erläutert. Spätere Fachinformationen hätten diese Risikohinweise lediglich präzisiert und bestätigt. Die Publikumswerbung oder andere Absatzförderungsmassnahmen hätten beim spezialisierten Arzt keine sicherheitsrelevanten Vorstellungen hervorrufen können und seien daher nicht entscheidend.
Ein Produktfehler - so die Vorinstanz weiter - liege demnach vor, wenn im massgeblichen Zeitpunkt der Inverkehrsetzung (August 2007) das tatsächliche VTE-Risiko höher war als in der Fachinformation 2004 beschrieben, wo von einem Risiko zwischen jenem der Pillen der zweiten Generation und dem rund doppelt so hohen der dritten Generation ausgegangen werde. Aufgrund der Würdigung zahlreicher internationaler Studien, sowohl solcher vor August 2007 erstellter wie späterer, sowie weiterer Publikationen kam die Vorinstanz zum Schluss, es ergebe sich kein Beweis "eines mehr als 2-fachen VTE-Risikos von Yasmin gegenüber 2. Generationspillen". Nach einzelnen Studien bestehe zwar für das erste Anwendungsjahr eine Risikorelation von mehr als einer Verdoppelung, doch weise die Fachinformation ausdrücklich auf den Umstand hin, dass das VTE-Risiko im ersten Jahr höher sei. Es bestehe daher kein Produktemangel.

6.
Vorerst ist umstritten, von welchem VTE-Risiko im Vergleich zu Verhütungspillen der zweiten Generation in tatsächlicher Hinsicht auszugehen ist. Nach den Feststellungen der Vorinstanz hatte die Beschwerdegegnerin im kantonalen Verfahren geltend gemacht, breit angelegte und zuverlässige Studien würden kein erhöhtes VTE-Risiko belegen. Auch im Beschwerdeverfahren bestreitet sie, dass ein erhöhtes Risiko tatsächlich bestand. Strittig ist insbesondere, inwiefern die Vorinstanz zu diesem Punkt bereits verbindliche Feststellungen (vgl. vorne E. 3.2) getroffen hat. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe ein bis zu zweimal höheres Thromboserisiko als bei anderen oralen Kontrazeptiva festgestellt. Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Auffassung, die Vorinstanz habe vielmehr verbindlich festgestellt, es sei kein erhöhtes VTE-Risiko bewiesen, da sich die

Resultate der Studien widersprechen. Sie beruft sich auf folgende Ausführungen im angefochtenen Urteil:

-- ..] Angesichts dieser unterschiedlichen Ergebnisse der zitierten Studien kann daher der Beweis eines mehr als 2-fachen VTE-Risikos von Yasmin gegenüber 2. Generationspillen als nicht erbracht gelten (vgl. auch die Feststellung der FDA Urk. 72/62). [...] *Das zivilprozessuale Beweismass ist nicht deckungsgleich mit den medizinischen Empfehlungen, welche grundsätzlich von einem Vorsichtsszenario ausgehen. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit im zivilprozessualen Sinne ist bei diesen unterschiedlichen Studienergebnissen für kein Resultat gegeben*. V.a. die grossen Studien, die auf grossen statistischen Zahlen beruhen (EURAS, Lidegaard, Ouellet-Hellstrom, Gronich) kommen auf einen tieferen Faktor als Faktor 2. Die zwei Studien, die einen höheren Faktor angeben (Jick, Parkin), beruhen auf einem vergleichsweise kleineren Zahlenmaterial und erscheinen daher von der Repräsentativtät der Ergebnisse her als eher weniger gut abgestützt". (Hervorhebung durch die Beschwerdegegnerin)
Unbestritten ist, dass die Vorinstanz einen Faktor über zwei als nicht bewiesen erachtete. Die zitierten Ausführungen sind im Übrigen aber nicht klar. Die von der Beschwerdegegnerin hervorgehobene Formulierung könnte in der Tat so verstanden werden, dass die Vorinstanz keine Studie als beweismässig überzeugend qualifizierte. Andererseits war für die Vorinstanz angesichts ihrer rechtlichen Überlegungen das Beweisthema beschränkt auf die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen einen Faktor über zwei nachweisen können. Aus Sicht der Vorinstanz bestand daher kein Anlass, sich zu einem Beweisergebnis betreffend einen Faktor zwischen eins und zwei zu äussern. Das würde aber bedeuten, dass die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht weder (im Sinn der Beschwerdegegnerin) ein gegenüber KOK der zweiten Generation erhöhten VTE-Wert als nicht bewiesen ausschloss, noch (im Sinn der Beschwerdeführerinnen) einen erhöhten VTE-Wert zwischen Faktor eins und zwei als bewiesen erachtete. Andererseits könnte die Formulierung am Schluss der zitierten Ausführungen auch so verstanden werden, dass die Vorinstanz die fehlende Überzeugungskraft der Studien nur auf jene bezieht, die Werte über zwei auswiesen. Ob das eine oder andere zutrifft, muss hier nicht entschieden werden, da die rechtliche Argumentation der Vorinstanz im Folgenden geschützt wird.

7.
Das PrHG basiert weitgehend auf der Richtlinie 85/374/EWG des Rats vom 25. Juni 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung fehlerhafter Produkte, ABl L 210 vom 7. August 1985. Die schweizerischen Gerichte sind zwar nicht verpflichtet, der europäischen Rechtsprechung im Bereich der Produktehaftung Rechnung zu tragen. Anderseits ist der vom Gesetzgeber beabsichtigte autonome Nachvollzug des europäischen Rechts zu berücksichtigen und zu vermeiden, dass die angestrebte Harmonisierung ohne triftigen Grund vereitelt wird (BGE 137 III 226 E. 2.2 S. 229). Es erscheint daher auch sachgerecht, rechtsvergleichend Rechtsprechung zu berücksichtigen, die gestützt auf nationale Umsetzungsgesetzgebung zur Richtlinie 85/374/EWG ergangen ist. Gemäss Art. 4 Abs. 1 PrHG ist ein Produkt fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist. Diese Definition wurde praktisch wörtlich von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 85/374/EWG übernommen. Wie aus den einführenden Erwägungen dieser Richtlinie hervorgeht, zielt die Produktehaftpflicht darauf ab, "den Konsumenten davor zu schützen, dass fehlerhafte Produkte seine Gesundheit oder sein Eigentum schädigen" (Erwägung 1). Das Pronomen "man", welches in Art. 4 PrHG verwendet wird, verweist auf die Sicherheitserwartung des Durchschnittskonsumenten und nicht auf die Sicherheitserwartungen des Geschädigten oder einer Gruppe von besonders

qualifizierten oder unqualifizierten Verwendern (BGE 137 III 226 E. 3.2 S. 232; 133 III 81 E. 3.1 S. 83 f.; je mit Hinweisen).
Die Lehre unterteilt die Fehler im Allgemeinen nach ihrer Ursache in Fabrikationsfehler, Konstruktionsfehler und Instruktionsfehler. Das PrHG unterscheidet nicht nach der Ursache der Fehler. Dies bedeutet, dass diesen Kategorien keine normative Bedeutung zukommt. Dennoch sind diese Unterscheidungen von Nutzen, denn sie erlauben dem Gericht, den Sachverhalt besser zu erfassen. Ein Instruktionsfehler betrifft Produkte, die nicht mit einer geeigneten Information hinsichtlich der gegenüber dem Konsumenten bestehenden Risiken versehen sind (BGE 133 III 81 E. 3.2 S. 85 f. mit Hinweisen).

8.
Die Einhaltung behördlicher Vorschriften schliesst einen Produktfehler nicht zum vornherein aus. Sie genügt daher für den Nachweis der Fehlerfreiheit eines Produkts nicht. Die Zulassung bzw. die Genehmigung der Produktinformation bestätigt lediglich, dass die öffentlich-rechtlichen Anforderungen eingehalten sind (WALTER FELLMANN, in: Basler Kommentar, 5. Aufl., 2011, N. 27 zu Art. 4 PrHG; HANS-JOACHIM HESS, Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz [PrHG], 2. Aufl., 1996, N. 110 zu Art. 4 PrHG; DANIEL VOGEL, Die Produkthaftung des Arzneimittelherstellers nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1991, S. 24 [auf der Grundlage von Art. 41 OR]). Immerhin ist die Einhaltung der behördlichen Vorschriften ein Indiz dafür, dass das Produkt die Sicherheit bot, welche die Allgemeinheit erwarten durfte und auch dafür, dass im Hinblick auf diese Sicherheitserwartungen ausreichend informiert wurde (so auch VOGEL, a.a.O., S. 65f.; weitergehend: HESS, a.a.O., N. 112 zu Art. 4 PrHG, der in diesem Zusammenhang sogar von einer "Vermutung" spricht).

9.
Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Angaben in der Patienteninformation seien mangelhaft gewesen. Anders als in der Fachinformation an die Ärzte, wo dargelegt worden sei, dass allenfalls von einem doppelt so hohen Risiko für ein thromboembolisches Ereignis auszugehen sei wie bei den bisher bekannten Pillen der zweiten Generation, habe in der Patienteninformation ein solcher Vergleich gefehlt. Ein solcher Vergleich wäre aber umso notwendiger gewesen, als "Yasmin" wie jede andere Pille verhüte, diesbezüglich also keinen Zusatznutzen verschaffe, und der zusätzliche Nutzen einzig in den positiven Nebenwirkungen (positiver Einfluss auf menstruelle Beschwerden, keine Gewichtszunahme, Verhinderung der Akne) bestehe. Bestehe kein zusätzlicher Heilnutzen, müsse die Aufklärung umso eingehender sein. Die Auffassung der Vorinstanz, dass der massgebliche Adressat die Ärzteschaft sei und daher auf die an diese gerichtete Fachinformation abzustellen sei, verletze Bundesrecht.

9.1. Ein Produkt verliert nicht deshalb seine Produktqualität im Sinn von Art. 3 PrHG, weil es im Rahmen einer Dienstleistung - wie beispielsweise einer Arztkonsultation - gebraucht oder weitergegeben wird (BGE 137 III 226 E. 2 a.E.; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 2e éd., 2011, Rz. 573). Indessen stellt sich in solchen Fällen die Frage, ob die "berechtigten Sicherheitserwartungen" des durchschnittlichen Arztes oder jene des durchschnittlichen Patienten massgebend sind.

9.2. In der Lehre ist anerkannt, dass der Hersteller von Produkten, die nur für Fachleute bestimmt sind, auf die Verkehrsauffassung dieses begrenzten Benutzerkreises abstellen und darauf zählen darf, dass die Benutzer die mit dem Produkt typischerweise verbundenen Gefahren kennen (FELLMANN, a.a.O., N. 3a zu Art. 4 PrHG; FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2012, N. 1143).

Ähnliche Überlegungen müssen bei *rezeptpflichtigen* Medizinalprodukten gelten: Es kann hier nicht allein auf die individuellen Sicherheitserwartungen des Patienten ankommen, da diesem in der Regel das nötige Fachwissen fehlt, um die mit rezeptpflichtigen Medikamenten verbundenen Gefahren richtig einschätzen zu können. Für die Beurteilung, ob die Sicherheitserwartungen des Patienten in Bezug auf rezeptpflichtige Medikamente berechtigt sind, ist daher auch das Wissen des Arztes einzubeziehen, der dem Patienten das Medikament verschreibt. Bei rezeptpflichtigen Medikamenten hat der Arzt die Chancen und Risiken der verschiedenen auf dem Markt erhältlichen Produkte im Hinblick auf die konkrete Anwendung abzuwägen und diese mit seinem Patienten zu diskutieren. Im vorliegenden Fall sieht die Fachinformation unter dem Titel "Warnhinweise und Sicherheitsmassnahmen" denn auch vor, dass der verschreibende Arzt den Nutzen einer Anwendung gegen die Risiken abwägen und mit jeder Patientin besprechen soll. Wenn die Beschwerdeführerinnen dagegen einwenden, dass die Rezeptpflicht gerade für Verhütungsmittel nicht ernst genommen werde, so überzeugt dies nicht. Denn wenn dies zutreffen sollte, wäre die Rezeptpflicht sinn- und zwecklos.
Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn im vorliegenden Fall nur die Fachinformation den Hinweis enthielt, dass allenfalls von einem doppelt so hohen Risiko für ein thromboembolisches Ereignis auszugehen sei wie bei den bisher bekannten Pillen der zweiten Generation, während in der Patienteninformation ein solcher Vergleich fehlte. Dies umso mehr, als im Anhang 5 der AMZW keine entsprechende Pflicht statuiert ist, solche vergleichende Angaben in die Patienteninformation aufzunehmen, und im Übrigen auch in der Patienteninformation selbst deutlich auf die Möglichkeit einer Gerinnselbildung und die damit verbundene Gefahr von Thrombosen und Embolien hingewiesen wird.

10.
Hinsichtlich einer möglichen Haftung gestützt auf Art. 41 ff. OR hat die Vorinstanz verschiedene behauptete Sorgfaltspflichtverletzungen geprüft. Im Beschwerdeverfahren rügen die Nebenintervenientinnen unter dem Titel der allgemeinen zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten indessen nur noch die mangelhafte vergleichende Information wie bereits hinsichtlich von Art. 4 PrHG. Soweit die Klägerin sodann auch aus einem Verstoss gegen das Werbeverbot für Heilmittel einen Anspruch ableiten will, so trägt sie hierfür keine hinreichend begründeten Rügen vor. Auf die übrigen von der Vorinstanz beurteilten Aspekte braucht somit nicht eingegangen zu werden.

11.
Die Beschwerden sind damit abzuweisen.
Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren ist wegen Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen (Art. 64 BGG).
Da dem Bundesgericht für die Behandlung der Beschwerde der Klägerin nur ein geringer Aufwand entstanden ist, wird auf die Erhebung von Gerichtskosten ausnahmsweise verzichtet (Art. 66 Abs. 1 zweiter Satz BGG). Die Klägerin wird gegenüber der Beschwerdegegnerin auch nicht entschädigungspflichtig, da dieser mangels Einholung einer Vernehmlassung im Verfahren 4A_371/2014 kein Aufwand entstanden ist.
Demgegenüber werden die Nebenintervenientinnen dem Ausgang des Verfahrens 4A_365/2014 entsprechend kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verfahren 4A_365/2014 und 4A_371/2014 werden vereinigt.

2.
Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.
Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

4.
Im Verfahren 4A_371/2014 werden keine Gerichtskosten erhoben und keine Parteientschädigungen gesprochen.

5.
Die Gerichtskosten im Verfahren 4A_365/2014 von Fr. 40'000.-- werden den Nebenintervenientinnen auferlegt (unter solidarischer Haftbarkeit und intern zu gleichen Teilen).

6.
Die Nebenintervenientinnen haben die Beschwerdegegnerin für das Verfahren 4A_365/2014 mit Fr. 50'000.-- zu entschädigen.

7.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. Januar 2015

Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht
(Produktehaftpflichtgesetz, PrHG)

vom 18. Juni 1993 (Stand am 1. Juli 2010)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf Artikel 64 der Bundesverfassung[1],
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993[2],
beschliesst:

Art. 1 Grundsatz

1 Die herstellende Person (Herstellerin)[3] haftet für den Schaden, wenn ein fehlerhaftes Produkt dazu führt, dass:

a. eine Person getötet oder verletzt wird;

b. eine Sache beschädigt oder zerstört wird, die nach ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten[4] hauptsächlich privat verwendet worden ist.

2 Die Herstellerin haftet nicht für den Schaden am fehlerhaften Produkt.

Art. 2 Herstellerin

1 Als Herstellerin im Sinne dieses Gesetzes gilt:

a. die Person, die das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat;

b. jede Person, die sich als Herstellerin ausgibt, indem sie ihren Namen, ihr Warenzeichen oder ein anderes Erkennungszeichen auf dem Produkt anbringt;

c. jede Person, die ein Produkt zum Zweck des Verkaufs, der Vermietung, des Mietkaufs oder einer andern Form des Vertriebs im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit einführt; dabei bleiben abweichende Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen vorbehalten.

AS **1993** 3122
1 [BS **1** 3]
2 BBl **1993** I 805
3 Die Personenbezeichnung ist weiblich, weil sie sich nach dem grammatischen Geschlecht des voranstehenden Substantivs richtet.
4 Da es sich um einen feststehenden Rechtsbegriff handelt, wird dem Grundsatz der sprachlichen Gleichbehandlung nicht Rechnung getragen.

2 Kann die Herstellerin des Produkts nicht festgestellt werden, so gilt jede Person als Herstellerin, welche das Produkt geliefert hat, sofern sie dem Geschädigten nach einer entsprechenden Aufforderung nicht innerhalb einer angemessenen Frist die Herstellerin oder die Person nennt, die ihr das Produkt geliefert hat.

3 Absatz 2 gilt auch für Produkte, bei denen nicht festgestellt werden kann, wer sie eingeführt hat, selbst wenn der Name der Herstellerin angegeben ist.

Art. 3 Produkt

1 Als Produkte im Sinne dieses Gesetzes gelten:

a. jede bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache bildet, und

b. Elektrizität.

2 …[5]

Art. 4 Fehler

1 Ein Produkt ist fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist; insbesondere sind zu berücksichtigen:

a. die Art und Weise, in der es dem Publikum präsentiert wird;

b. der Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann;

c. der Zeitpunkt, in dem es in Verkehr gebracht wurde.

2 Ein Produkt ist nicht allein deshalb fehlerhaft, weil später ein verbessertes Produkt in Verkehr gebracht wurde.

Art. 5 Ausnahmen von der Haftung

1 Die Herstellerin haftet nicht, wenn sie beweist, dass:

a. sie das Produkt nicht in Verkehr gebracht hat;

b. nach den Umständen davon auszugehen ist, dass der Fehler, der den Schaden verursacht hat, noch nicht vorlag, als sie das Produkt in Verkehr brachte;

c. sie das Produkt weder für den Verkauf oder eine andere Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck hergestellt noch im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit hergestellt oder vertrieben hat;

d. der Fehler darauf zurückzuführen ist, dass das Produkt verbindlichen, hoheitlich erlassenen Vorschriften entspricht;

e. der Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden konnte.

5 Aufgehoben durch Art. 20 Abs. 2 Ziff. 1 des BG vom 12. Juni 2010 über die Produktesicherheit, mit Wirkung seit 1. Juli 2010 (AS **2010** 2573; BBl **2008** 7407).

1bis Die Ausnahme von der Haftung nach Absatz 1 Buchstabe e gilt nicht für tierische Organe, Gewebe oder Zellen oder daraus hergestellte Transplantatprodukte, die zur Transplantation auf den Menschen bestimmt sind.[6]

2 Die Herstellerin eines Grundstoffs oder eines Teilprodukts haftet ferner nicht, wenn sie beweist, dass der Fehler durch die Konstruktion des Produkts, in das der Grundstoff oder das Teilprodukt eingearbeitet wurde, oder durch die Anleitungen der Herstellerin dieses Produkts verursacht worden ist.

Art. 6 Selbstbehalt bei Sachschäden

1 Der Geschädigte muss Sachschäden bis zur Höhe von 900 Franken selber tragen.

2 Der Bundesrat kann den Betrag gemäss Absatz 1 den veränderten Verhältnissen anpassen.

Art. 7 Solidarhaftung

Sind für den Schaden, der durch ein fehlerhaftes Produkt verursacht worden ist, mehrere Personen ersatzpflichtig, so haften sie solidarisch.

Art. 8 Wegbedingung der Haftung

Vereinbarungen, welche die Haftpflicht nach diesem Gesetz gegenüber dem Geschädigten beschränken oder wegbedingen, sind nichtig.

Art. 9 Verjährung

Ansprüche nach diesem Gesetz verjähren drei Jahre nach dem Tag, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden, dem Fehler und von der Person der Herstellerin erlangt hat oder hätte erlangen müssen.

Art. 10 Verwirkung

1 Ansprüche nach diesem Gesetz verwirken zehn Jahre nach dem Tag, an dem die Herstellerin das Produkt, das den Schaden verursacht hat, in Verkehr gebracht hat.

2 Die Verwirkungsfrist gilt als gewahrt, wenn gegen die Herstellerin binnen zehn Jahren geklagt wird.

Art. 11 Verhältnis zu anderen Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechts

1 Soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, gelten die Bestimmungen des Obligationenrechts[7].

6 Eingefügt durch Art. 73 Ziff. 1 des Transplantationsgesetzes vom 8. Okt. 2004, in Kraft seit 1. Juli 2007 (AS **2007** 1935; BBl **2002** 29).
7 SR **220**

2 Schadenersatzansprüche aufgrund des Obligationenrechts oder anderer Bestimmungen des eidgenössischen oder des kantonalen öffentlichen Rechts bleiben dem Geschädigten gewahrt.

3 Dieses Gesetz ist nicht anwendbar auf Schäden infolge eines nuklearen Zwischenfalls. Abweichende Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen sind vorbehalten.

Art. 12 Änderung bisherigen Rechts

…[8]

Art. 13 Übergangsbestimmung

Dieses Gesetz gilt nur für Produkte, die nach seinem Inkrafttreten in Verkehr gebracht wurden.

Art. 14 Referendum und Inkrafttreten

1 Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

2 Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

Datum des Inkrafttretens: 1. Januar 1994[9]

8 Die Änd. kann unter AS **1993** 3122 konsultiert werden.
9 BRB vom 25. Nov. 1993

Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG)

vom 12. Juni 2009 (Stand am 1. Januar 2013)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

gestützt auf die Artikel 95 Absatz 1, 97 Absatz 1, 110 Absatz 1 Buchstabe a und 118 der Bundesverfassung[1],
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 25. Juni 2008[2],

beschliesst:

1. Abschnitt: Zweck, Geltungsbereich und Begriffe

Art. 1 Zweck und Geltungsbereich

1 Mit diesem Gesetz sollen die Sicherheit von Produkten gewährleistet und der grenzüberschreitende freie Warenverkehr erleichtert werden.

2 Dieses Gesetz gilt für das gewerbliche oder berufliche Inverkehrbringen von Produkten.

3 Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind anwendbar, soweit nicht andere bundesrechtliche Bestimmungen bestehen, mit denen dasselbe Ziel verfolgt wird.

4 Dieses Gesetz gilt nicht für das Inverkehrbringen gebrauchter Produkte, die:

a. als Antiquitäten überlassen werden; oder

b. vor ihrer Verwendung instand gesetzt oder wiederaufbereitet werden müssen, sofern der Inverkehrbringer diejenige Person, der sie überlassen werden, darüber ausreichend unterrichtet.

Art. 2 Begriffe

1 Als Produkt im Sinne dieses Gesetzes gilt eine verwendungsbereite bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache bildet.

2 Ein Produkt gilt als verwendungsbereit, auch wenn seine Einzelteile der Empfängerin oder dem Empfänger zum Ein- oder Zusammenbau übergeben werden.

3 Als Inverkehrbringen im Sinne dieses Gesetzes gilt das entgeltliche oder unentgeltliche Überlassen eines Produkts, unabhängig davon, ob dieses neu, gebraucht,

AS **2010** 2573
1 SR **101**
2 BBl **2008** 7407

wiederaufbereitet oder wesentlich verändert worden ist. Dem Inverkehrbringen gleichgestellt sind:

a. der gewerbliche oder berufliche Eigengebrauch eines Produkts;

b. die Verwendung oder Anwendung eines Produkts im Rahmen des Erbringens einer Dienstleistung;

c. das Bereithalten eines Produkts zur Benützung durch Dritte;

d. das Anbieten eines Produkts.

4 Als Hersteller im Sinne dieses Gesetzes gilt auch die Person, die:

a. sich als Hersteller ausgibt, indem sie ihren Namen, ihr Warenzeichen oder ein anderes Erkennungszeichen auf dem Produkt anbringt;

b. als Vertreterin des Herstellers auftritt, wenn dieser seinen Sitz nicht im Inland hat;

c. das Produkt wiederaufbereitet oder deren Tätigkeit die Sicherheitseigenschaften eines Produktes anderweitig beeinflusst.

2. Abschnitt: Voraussetzungen für das Inverkehrbringen

Art. 3 Grundsätze

1 Produkte dürfen in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender und Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden.

2 Sie müssen den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Artikel 4 oder, wenn keine solchen Anforderungen festgelegt worden sind, dem Stand des Wissens und der Technik entsprechen.

3 Für die Gewährleistung der Sicherheit und der Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender und Dritter sind zu berücksichtigen:

a. die angegebene oder voraussichtliche Gebrauchsdauer eines Produkts;

b. der Umstand, dass das Produkt auf andere Produkte einwirkt, sofern seine Verwendung mit diesen andern Produkten vernünftigerweise vorhersehbar ist;

c. der Umstand, dass das Produkt für Konsumentinnen und Konsumenten bestimmt ist oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumentinnen und Konsumenten benutzt werden kann;

d. der Umstand, dass das Produkt von Personengruppen verwendet werden kann, die dabei einer grösseren Gefahr ausgesetzt sind als andere (z.B. Kinder, Menschen mit Behinderungen oder ältere Menschen).

4 Dem spezifischen Gefährdungspotenzial eines Produkts müssen überdies entsprechen:

a. seine Kennzeichnung und Aufmachung;

b. die Verpackung sowie die Anleitungen für seinen Zusammenbau, die Installation und die Wartung;

c. Warn- und Sicherheitshinweise;

d. Gebrauchs- und Bedienungsanleitung und Angaben zu seiner Entsorgung;

e. alle sonstigen produktbezogenen Angaben oder Informationen.

5 Ein Produkt ist nicht allein deshalb als gefährlich zu betrachten, weil ein sichereres Produkt in Verkehr gebracht wurde.

6 Die Pflichten nach diesem Abschnitt müssen erfüllt werden:

a. vom Hersteller;

b. subsidiär vom Importeur, Händler oder Erbringer von Dienstleistungen.

Art. 4 Grundlegende Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen

1 Der Bundesrat legt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen fest.

2 Er berücksichtigt dabei das entsprechende internationale Recht.

Art. 5 Erfüllung der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen

1 Wer ein Produkt in Verkehr bringt, muss nachweisen können, dass es die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt. Der Nachweis der Konformität richtet sich nach den Artikeln 17 und 18 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995[3] über die technischen Handelshemmnisse.

2 Wird ein Produkt nach den technischen Normen gemäss Artikel 6 hergestellt, so wird vermutet, dass es die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt.

3 Wer ein Produkt in Verkehr bringt, das den technischen Normen nach Artikel 6 nicht entspricht, muss nachweisen können, dass das Produkt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen auf andere Weise erfüllt.

4 Sind keine grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen festgelegt worden, so muss nachgewiesen werden können, dass das Produkt nach dem Stand des Wissens und der Technik hergestellt worden ist.

3 SR **946.51**

Art. 6 Technische Normen

1 Das zuständige Bundesamt bezeichnet im Einvernehmen mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) die technischen Normen, die geeignet sind, die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Artikel 4 zu konkretisieren.

2 Soweit möglich bezeichnet es international harmonisierte Normen.

3 Es veröffentlicht die technischen Normen mit Titel sowie Fundstelle oder Bezugsquelle im Bundesblatt.

4 Es kann unabhängige schweizerische Normenorganisationen beauftragen, technische Normen zu schaffen.

Art. 7 Konformitätsbewertung

1 Der Bundesrat regelt:

a. das Verfahren zur Überprüfung der Konformität von Produkten mit den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen;

b. die Verwendung von Konformitätszeichen.

2 Er kann für Produkte, die ein erhöhtes Risiko darstellen, vorschreiben, dass die Erfüllung der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen durch eine Konformitätsbewertungsstelle bescheinigt werden muss.

3. Abschnitt: Pflichten nach dem Inverkehrbringen

Art. 8

1 Die Bestimmungen dieses Artikels gelten für Produkte, die für Konsumentinnen und Konsumenten bestimmt sind oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumentinnen und Konsumenten benutzt werden könnten.

2 Der Hersteller oder Importeur, der ein Produkt in Verkehr bringt, muss im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit angemessene Massnahmen treffen, um während der angegebenen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauchsdauer eines Produktes:

a. die Gefahren zu erkennen, die von dem Produkt bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung ausgehen können;

b. allfällige Gefahren abwenden zu können;

c. das Produkt rückverfolgen zu können.

3 Er muss Beanstandungen, welche sich auf die Sicherheit des Produkts beziehen, mit der gebotenen Sorgfalt prüfen und nötigenfalls Stichproben durchführen.

4 Der Händler hat zur Einhaltung der Sicherheitsanforderungen beizutragen und an der Überwachung der Sicherheit der in Verkehr gebrachten Produkte mitzuwirken. Er hat Massnahmen zu ergreifen, die ihm eine wirksame Zusammenarbeit mit dem Hersteller oder Importeur sowie mit den zuständigen Vollzugsorganen ermöglichen.

5 Stellt der Hersteller oder ein anderer Inverkehrbringer fest oder hat er Grund zur Annahme, dass von seinem Produkt eine Gefahr für die Sicherheit oder die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter ausgeht, so macht er dem zuständigen Vollzugsorgan unverzüglich folgende Angaben:

a. alle Angaben, die eine genaue Identifizierung des Produkts erlauben;

b. eine umfassende Beschreibung der Gefahr, die von dem Produkt ausgehen kann;

c. alle verfügbaren Angaben darüber, von wem er das Produkt bezogen hat und, ausgenommen bei der direkten Abgabe an Verwenderinnen und Verwender, an wen er es geliefert hat;

d. die Massnahmen, die zur Abwendung der Gefahr getroffen worden sind, wie zum Beispiel Warnungen, Verkaufsstopp, Rücknahme vom Markt oder Rückruf des Produkts.

4. Abschnitt: Durchführung, Finanzierung und Rechtspflege

Art. 9 Marktüberwachung und Aufsicht über den Vollzug

Der Bundesrat regelt die Überwachung von Produkten auf dem Markt und beaufsichtigt den Vollzug.

Art. 10 Kontrolle und Verwaltungsmassnahmen

1 Die Vollzugsorgane können Produkte, die in Verkehr gebracht werden, kontrollieren und nötigenfalls Muster erheben.

2 Ergibt die Kontrolle, dass ein Produkt den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen oder dem Stand des Wissens und der Technik nicht entspricht, so verfügt das Vollzugsorgan die geeigneten Massnahmen.

3 Ist es zum Schutz der Sicherheit oder Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter erforderlich, so kann das Vollzugsorgan insbesondere:

a. das weitere Inverkehrbringen eines Produkts verbieten;

b. die Warnung vor den Gefahren eines Produkts, seine Rücknahme oder seinen Rückruf anordnen und nötigenfalls selbst vollziehen;

c. die Ausfuhr eines Produkts, dessen weiteres Inverkehrbringen nach Buchstabe a verboten worden ist, verbieten;

d. ein Produkt, von dem eine unmittelbare und ernste Gefahr ausgeht, einziehen und vernichten oder unbrauchbar machen.

4 Die Vollzugsorgane warnen die Bevölkerung vor gefährlichen Produkten, wenn der Inverkehrbringer nicht oder nicht rechtzeitig wirksame Massnahmen trifft. Sie machen ihre Informationen über die Gefährlichkeit bestimmter Produkte und über die getroffenen Massnahmen öffentlich zugänglich.

5 Massnahmen nach Absatz 3 werden, sofern dies zum Schutz der Bevölkerung erforderlich ist, als Allgemeinverfügung erlassen. Hat ein kantonales Vollzugsorgan oder eine beauftragte Organisation das Produkt überprüft, so stellt es oder sie dem zuständigen Aufsichtsorgan des Bundes Antrag auf Erlass einer Allgemeinverfügung.

6 Das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968[4] über das Verwaltungsverfahren ist anwendbar.

Art. 11 Mitwirkungs- und Auskunftspflicht

Die Inverkehrbringer und allfällige weitere betroffene Personen sind beim Vollzug, soweit notwendig, zur Mitwirkung verpflichtet. Sie haben insbesondere unentgeltlich den Vollzugsorganen alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie die erforderlichen Nachweise und Unterlagen herauszugeben.

Art. 12 Schweigepflicht

Die Vollzugsorgane unterstehen der Schweigepflicht, soweit ihre Wahrnehmungen nicht für die Sicherheit von Produkten oder für den Erfahrungsaustausch über sicherheitstechnische Massnahmen bedeutsam sind.

Art. 13 Datenschutz und Amtshilfe

1 Die Vollzugsorgane sind berechtigt, Personendaten einschliesslich Daten über administrative und strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen zu bearbeiten. Dabei gelten die Bestimmungen über die Beschaffung von Personendaten nach Artikel 18 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992[5] über den Datenschutz.

2 Die Vollzugsorgane können diese Daten elektronisch aufbewahren und, soweit für den einheitlichen Vollzug dieses Gesetzes erforderlich, untereinander austauschen.

3 Die Gewährung von Amtshilfe richtet sich nach den Artikeln 21 und 22 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995[6] über die technischen Handelshemmnisse.

Art. 14 Gebühren und Finanzierung des Vollzugs

1 Der Bundesrat regelt die Finanzierung des Vollzugs, soweit dieser in die Zuständigkeit des Bundes fällt.

2 Die Vollzugsorgane können für die Kontrolle von Produkten und für den Vollzug von Massnahmen Gebühren erheben.

4 SR **172.021**
5 SR **235.1**
6 SR **946.51**

Art. 15 Rechtspflege

1 Der Rechtsschutz richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

2 Gegen Verfügungen der Vollzugsorgane kann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden.

5. Abschnitt: Strafbestimmungen

Art. 16 Vergehen

1 Wer vorsätzlich ein Produkt in Verkehr bringt, das die Anforderungen nach Artikel 3 Absätze 1 und 2 nicht erfüllt, und dadurch die Sicherheit oder Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

2 Handelt der Täter oder die Täterin gewerbsmässig oder aus Gewinnsucht, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

3 Hat der Täter oder die Täterin die Sicherheit oder die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter fahrlässig gefährdet, so ist die Strafe Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen.

4 Für Fälschungen, Falschbeurkundungen, das Erschleichen falscher Beurkundungen, den Gebrauch unechter oder unwahrer Bescheinigungen, das unberechtigte Ausstellen von Konformitätserklärungen sowie das unberechtigte Anbringen und Verwenden von Konformitätszeichen im Sinne der Artikel 23–28 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995[7] über die technischen Handelshemmnisse gelten die dort genannten Strafandrohungen.

Art. 17 Übertretungen

1 Mit Busse bis zu 40 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich:

a. ein Produkt in Verkehr bringt, ohne die Anforderungen nach Artikel 3 Absatz 4 zu erfüllen;

b. die Mitwirkungs- und Auskunftspflicht nach Artikel 11 oder die Mitteilungspflicht nach Artikel 8 Absatz 5 verletzt;

c. gegen eine Ausführungsvorschrift, deren Übertretung für strafbar erklärt wird, oder eine unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn gerichtete Verfügung verstösst.

2 Handelt der Täter oder die Täterin fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu 20 000 Franken.

3 Die Artikel 6 und 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974[8] über das Verwaltungsstrafrecht sind anwendbar.

7 SR **946.51**
8 SR **313.0**

Art. 18 Unrechtmässiger Vermögensvorteil

Vermögensvorteile, die durch strafbare Handlungen nach den Artikeln 16 und 17 unrechtmässig erlangt worden sind, können nach den Artikeln 69–72 des Strafgesetzbuches[9] eingezogen werden.

Art. 19 Strafverfolgung

Die Strafverfolgung ist Sache der Kantone.

6. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 20 Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts

1 Das Bundesgesetz vom 19. März 1976[10] über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten wird aufgehoben.

2 Die nachstehenden Gesetze werden wie folgt geändert:

…[11]

Art. 21 Übergangsbestimmungen

1 Produkte, welche die Anforderungen nach bisherigem Recht, jedoch nicht die Anforderungen nach neuem Recht erfüllen, dürfen noch bis zum 31. Dezember 2011 in Verkehr gebracht werden.

2 Jeder Hersteller, Importeur oder Händler muss bis zum 31. Dezember 2011 die Voraussetzungen schaffen, die zur Umsetzung von Artikel 8 notwendig sind.

Art. 22 Referendum und Inkrafttreten

1 Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

2 Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

Datum des Inkrafttretens: 1. Juli 2010[12]

9 SR **311.0**
10 [AS **1977** 2370, **1995** 2766, **2006** 2197 Anhang Ziff. 97]
11 Die Änd. können unter AS **2010** 2573 konsultiert werden.
12 BRB vom 19. Mai 2010

Inhalt und Tragweite des Produktesicherheitsgesetzes (PrSG) vom 12. Juni 2009

Walter Fellmann*

Das Produktesicherheitsgesetz (PrSG) soll u.a. die Sicherheit von Produkten gewährleisten. Produkte dürfen nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwender und Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden. Als Inverkehrbringen gilt auch der Einsatz von Produkten beim Erbringen von Dienstleistungen, der Einsatz eines Laufbands im Fitnessstudio beispielsweise. Neben Pflichten für das Inverkehrbringen auferlegt das Gesetz dem Hersteller und dem Importeur von Konsumgütern Meldepflichten sowie eine Produktbeobachtungs- und Rückrufpflicht. Zur Einhaltung der Sicherheitsanforderungen beizutragen und bei der Überwachung der Sicherheit mitzuwirken haben aber nicht nur Hersteller und Importeur, sondern auch die Händler.

La loi sur la sécurité des produits (LSPro) a notamment pour but, comme sa dénomination l'indique, de garantir la sécurité des produits. Les produits ne peuvent être mis en circulation que si, lors de leur utilisation normale ou raisonnablement prévisible, ils ne mettent pas la sécurité et la santé des utilisateurs ou des tiers en danger ou ne présentent qu'un risque minime. Est assimilée à une mise sur le marché l'utilisation d'un produit dans le cadre d'une prestation de services, telle, par exemple, la mise à disposition d'un tapis roulant dans une salle de gymnastique. En plus des obligations découlant de la mise en circulation, la loi impose au producteur et à l'importateur de produits de consommation l'obligation de se renseigner et d'informer sur les risques du produit et de procéder à leur rappel. L'observation des mesures de sécurité incombe non seulement au producteur et à l'importateur, mais également au commerçant.

I. Einleitung

Am 12. Juni 2009 hat die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft das *Bundesgesetz über die Produktesicherheit* (PrSG) beschlossen. Am 1. Oktober 2009 ist die Referendumsfrist unbenutzt abgelaufen. Das PrSG soll am 1. Juli 2010 in Kraft treten. Mit diesem Gesetz wurde das Gesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG) vom 19. März 1976 total revidiert und den neuen internationalen Gegebenheiten angepasst[1].

Das Produktesicherheitsgesetz soll die *Sicherheit von Produkten* gewährleisten und den grenzüberschreitenden freien Warenverkehr erleichtern[2]. Es bringt eine Angleichung an die *Richtlinie 2001/95/EG der Europäischen Gemeinschaft über die allgemeine Produktsicherheit*[3]. Das Gesetz will sicherstellen, dass die Anforderungen, welche die Behörden in der Schweiz an die Sicherheit von Produkten stellen, mit den Anforderungen übereinstimmen, die in der Europäischen Union gelten. Die Hersteller von Produkten können sich daher in Zukunft nach den gleichen Sicherheitsstandards richten, unabhängig davon, ob sie für den Schweizer Markt oder den Europäischen Binnenmarkt produzieren[4].

Das PrSG passt das *Schutzniveau* für Produkte dem Schutzniveau des Produktehaftpflichtgesetzes (PrHG) vom 18. Juni 1993[5] an, das seinerseits mit jenem der Richtlinie 2001/95/EG über die allgemeine Produktsicherheit kongruent ist. So verlangt es unter anderem, dass «ein Produkt nicht nur bei bestimmungsgemässer, sondern bei jeder normalen und vernünftigerweise vorhersehbaren Verwendung – die auch einen Fehlgebrauch umfassen kann – sicher sein muss[6].»

Nach der Richtlinie 2001/95/EG dürfen Produkte, welche für die Konsumentinnen und Konsumenten be-

* Prof. Dr., Rechtsanwalt in Luzern, Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht und nebenamtlicher ordentlicher Professor für Schweizerisches und Europäisches Privatrecht an der Universität Luzern. Der Autor dankt seiner Assistentin, Frau MLaw Pamela Küttel, und Frau RA Cordula Blättler für die Korrektur des Manuskripts und die Kontrolle der Zitate.

1 Botschaft zum Produktesicherheitsgesetz (Totalrevision des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten) vom 25. Juni 2008, BBl 2008, 7408.

2 Art. 1 Abs. 1 PrSG.

3 Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktesicherheit, ABl. L 11 vom 15. Januar 2002, 4 ff.

4 Botschaft (FN 1), 7408.

5 SR 221.112.944.

6 Botschaft (FN 1), 7428.

stimmt sind, in der Europäischen Union nur auf den Markt gebracht werden, wenn Hersteller oder Importeure sicherstellen, dass die Sicherheit ihrer Produkte *auch nach dem Inverkehrbringen laufend beobachtet* wird. Die Hersteller oder Importeure sind zudem verpflichtet, Produktgefahren, die ihnen bekannt werden, den zuständigen Vollzugsbehörden zu melden und Angaben über die Rückverfolgbarkeit der Produkte zu liefern.[7] Eine solche Regelung sah weder das STEG noch das PrHG vor. Das PrSG schliesst diese Lücke und trägt damit dazu bei, «dass bei einer Gefahr rasch die wirksamen Massnahmen zur Eindämmung der Risiken ergriffen werden können[8].»

Gleichzeitig erhalten die Vollzugsorgane die Kompetenz, *bei Gefahr geeignete Massnahmen* zu ergreifen. Sie können beispielsweise das weitere Inverkehrbringen verbieten, gefährliche Produkte einziehen, einen Produktrückruf verfügen und die Öffentlichkeit vor gefährlichen Produkten warnen[9].

II. Produktbegriff des PrSG

Als *Produkt* im Sinne des PrSG gilt jede *verwendungsbereite bewegliche Sache*, auch wenn sie Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache bildet[10]. Ein Produkt gilt auch dann als verwendungsbereit, wenn seine Einzelteile dem Empfänger zum Ein- oder Zusammenbau übergeben werden[11].

Die *Voraussetzung der Verwendungsbereitschaft* macht den Produktbegriff des PrSG enger als denjenigen des PrHG, nach dem jede bewegliche Sache unabhängig von ihrer Verwendungsbereitschaft als Produkt gilt[12], sobald sie der Hersteller in Verkehr bringt[13]. Nach Auffassung des Gesetzgebers sollte damit «die Anwendung des Produktesicherheitsgesetzes auf Produkte ausgeschlossen werden, die erst im Entstehen sind und deshalb auch nicht dazu bestimmt sind, von jemandem als benutzbares, verwendungsfähiges Produkt behandelt zu werden, wie beispielsweise unbearbeitetes Holz[14].» Im Gegensatz zum Produktbegriff des PrHG erstreckt sich der Produktbegriff des PrSG daher nicht auf Grundstoffe wie Mineralien, Sand, Kies etc., die nicht hergestellt, sondern aus der Natur gewonnen werden[15], jedenfalls wenn sie nach ihrem Abbau nicht sofort verwendungsbereit sind[16].

Mit der Wendung *«bewegliche Sache»* wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass Gebäude und andere Bauwerke nicht in den Anwendungsbereich des PrSG fallen. Namentlich mit Blick auf die Produktbeobachtungs- und Rückrufpflicht nach Art. 8 Abs. 2 PrSG sowie die Meldepflicht nach Art. 8 Abs. 5 PrSG sollte jedoch sichergestellt werden, dass Produkte vom Gesetz auch dann noch erfasst würden, wenn sie in eine andere bewegliche Sache oder in eine Immobilie eingebaut werden. Nach Art. 2 Abs. 1 PrSG gilt eine Sache daher auch dann noch als Produkt im Sinne des Gesetzes, wenn sie *Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache* bildet. Damit stellte der Gesetzgeber sachenrechtliche Überlegungen im Interesse der Gewährleistung der Sicherheit von Produkten in den Hintergrund. Die Vorschriften des PrSG sind daher auch auf eingearbeitete bzw. eingebaute oder vermischte Sachen anwendbar, welche die Sicherheit oder die Gesundheit gefährden. Gleiches gilt für die Bestandteile einer unbeweglichen Sache[17].

III. Schutzobjekt des PrSG

Nach Art. 1 Abs. 1 PrSG will das Gesetz die Sicherheit von Produkten gewährleisten und den grenzüberschreitenden freien Warenverkehr erleichtern. Wie der Bundesrat in der Botschaft ausführte, soll der Schutz der Sicherheit und der Gesundheit nicht auf die in der schweizerischen Gesetzgebung restriktiv umschriebenen «Konsumentinnen und Konsumenten» beschränkt sein. Die Produktesicherheit müsse *jeder natürlichen Person* zugute kommen, gleichgültig, ob sie das Produkt für den *persönlichen oder familiären Ge- oder Verbrauch* erworben habe, benutze oder anwende, oder ob sie es im Rahmen ihrer *beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit* anschaffe oder verwende. Ob eine Kaffeemaschine, ein Werkzeug oder ein Stuhl im Privathaushalt oder in einem Betrieb verwendet werde, mache für die Produktesicherheit keinen Unterschied[18].

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Gesetz ferner auch die Gefährdung von *unbeteiligten Drittpersonen*, also des «innocent bystander», verhindern. Wie der Botschaft zu entnehmen ist, sind darunter Personen zu verstehen, die in keinerlei Beziehung zum gefährlichen Produkt stehen, es also weder besitzen noch damit umgehen, die durch das Produkt aber gleich-

[7] Art. 5 Richtlinie 2001/95/EG, vgl. dazu Botschaft (FN 1), 7428.
[8] Botschaft (FN 1), 7428.
[9] Botschaft (FN 1), 7428.
[10] Art. 2 Abs. 1 PrSG.
[11] Art. 2 Abs. 2 PrSG.
[12] Art. 3 Abs. 1 lit. a PrHG.
[13] Zur Inverkehrbringung vgl. Borsari Andreas E., Schadensabwälzung nach dem schweizerischen Produktehaftpflichtgesetz (PrHG), Diss. Zürich 1998, 168 ff.; Fellmann Walter, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Wiegand Wolfgang (Hrsg.), 4. Aufl., Basel 2007, Art. 5 PrHG N 2 ff.
[14] Botschaft (FN 1), 7434.
[15] Vgl. dazu Borsari (FN 13), 22; BSK-Fellmann (FN 13), Art. 3 PrHG N 3.
[16] Art. 2 Abs. 2 PrSG.
[17] Botschaft (FN 1), 7434.
[18] Botschaft (FN 1), 7431.

wohl einen Schaden erleiden[19]. Schon der Bundesrat vertrat die Meinung, ob ein Produkt in Verkehr gebracht werden dürfe, könne nicht davon abhängen, ob es im privaten, familiären oder in einem gewerblichen oder kommerziellen Kontext benutzt oder verbraucht werde[20].

Der *Anwendungsbereich* des PrSG ist damit *ausserordentlich weit*. Er geht zum Teil über den Schutzzweck der Richtlinie 2001/95/EG der Europäischen Gemeinschaft über die allgemeine Produktsicherheit hinaus, die bloss ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten will[21].

IV. Gewährleistung der Produktsicherheit beim Inverkehrbringen

A. Anforderungen an die Sicherheit von Produkten

Nach Art. 3 Abs. 1 PrSG dürfen Produkte nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die *Sicherheit und die Gesundheit ihrer Verwender oder Dritter* nicht oder nur geringfügig gefährden. Diese Bedingung wird erfüllt, wenn das Produkt die vom Bundesrat gestützt auf Art. 4 Abs. 1 PrSG festgelegten grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt. Fehlen solche Anforderungen, muss das Produkt nach dem Stand des Wissens und der Technik hergestellt worden sein.

Dass ein Produkt den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen entspricht, wird vermutet[22], wenn es nach den *technischen Normen* hergestellt wird, die das zuständige Bundesamt gestützt auf Art. 6 Abs. 1 PrSG für geeignet erklärt hat, die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen zu konkretisieren. Entspricht das Produkt diesen Normen nicht, muss nachgewiesen werden, dass es die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen auf andere Weise erfüllt.

Ob die Sicherheit und die Gesundheit der Verwender und Dritter gewährleistet sind, bestimmt sich nach Art. 3 Abs. 3 PrSG aufgrund einer Reihe verschiedener *Kriterien*: Zu berücksichtigen sind die angegebene oder voraussichtliche Gebrauchsdauer eines Produkts[23], der Umstand, dass es auf andere Produkte einwirkt, sofern seine Verwendung mit diesen anderen Produkten vernünftigerweise vorhersehbar ist[24], der Umstand, dass es für Konsumenten bestimmt ist oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumenten benutzt werden kann[25], sowie der Umstand, dass es von Personengruppen verwendet werden kann, die dabei einer grösseren Gefahr ausgesetzt sind als andere (z.B. Kinder, Menschen mit Behinderungen oder ältere Menschen)[26].

Da die Sicherheit eines Produkts auch durch seine *Darbietung* beeinflusst wird, fordert das Gesetz in Art. 3 Abs. 4 PrSG, dass diese Darbietung dem spezifischen Gefährdungspotenzial eines Produkts entsprechen muss. Zu berücksichtigen sind dabei seine Kennzeichnung und Aufmachung[27], die Verpackung sowie die Anleitungen für seinen Zusammenbau, die Installation und die Wartung[28], Warn- und Sicherheitshinweise[29], Gebrauchs- und Bedienungsanleitung und Angaben zu seiner Entsorgung[30] und alle sonstigen produktbezogenen Angaben oder Informationen[31].

B. Pflichtige Inverkehrbringer

1. *Überblick*

Wie bereits erwähnt, dürfen Produkte nach Art. 3 Abs. 1 PrSG nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwender und Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden. Wer ein Produkt in Verkehr bringt, muss daher nach Art. 5 Abs. 1 PrSG *nachweisen* können, dass es die *grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen* erfüllt.

In der Pflicht steht also, wer ein Produkt in Verkehr bringt. Den Kreis der betroffenen Personen bestimmt der Begriff des Inverkehrbringens, wie er in Art. 2 Abs. 3 PrSG definiert ist.

2. *Begriff des Inverkehrbringens*

a. Allgemeines

Nach der Legaldefinition des Art. 2 Abs. 3 PrSG gilt als *Inverkehrbringen* das entgeltliche oder unentgeltliche Überlassen eines Produkts, und zwar unabhängig davon, ob dieses neu, gebraucht, wiederaufbereitet oder wesentlich verändert worden ist[32].

Dem Inverkehrbringen gleichgestellt werden nach Art. 2 Abs. 3 lit. a–d PrSG der gewerbliche oder beruf-

19 Botschaft (FN 1), 7431.
20 Botschaft (FN 1), 7431.
21 Ziff. 4 der Erwägungsgründe der Richtlinie 2001/95/EG.
22 Art. 5 Abs. 2 PrSG.
23 Art. 3 Abs. 3 lit. a PrSG.
24 Art. 3 Abs. 3 lit. b PrSG.
25 Art. 3 Abs. 3 lit. c PrSG.
26 Art. 3 Abs. 3 lit. d PrSG.
27 Art. 3 Abs. 4 lit. a PrSG.
28 Art. 3 Abs. 4 lit. b PrSG.
29 Art. 3 Abs. 4 lit. c PrSG.
30 Art. 3 Abs. 4 lit. d PrSG.
31 Art. 3 Abs. 4 lit. e PrSG.
32 Zur entsprechenden Regelung im deutschen Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz GPSG) vgl. Klindt Thomas, Das neue Geräte- und Produktesicherheitsgesetz, NJW 2004, 467.

liche *Eigengebrauch* eines Produkts[33], die Verwendung oder Anwendung eines Produkts im Rahmen des Erbringens einer *Dienstleistung*[34], das *Bereithalten* eines Produkts zur Benützung durch Dritte[35] und das *Anbieten* eines Produkts[36].

b. Gewerblicher oder beruflicher Eigengebrauch (Art. 2 Abs. 3 lit. a)

Ein gewerblicher oder beruflicher *Eigengebrauch* eines Produkts liegt beispielsweise vor, wenn ein Fabrikationsbetrieb bei der Herstellung von Gütern *selbst hergestellte Geräte, Apparate und Vorrichtungen benützt*. Dies kommt in der Praxis häufig vor. Nach Auffassung des Gesetzgebers wäre es daher nicht gerechtfertigt, die Mitarbeiter eines Betriebs mit Produkten zu gefährden, die nicht den gleichen Sicherheitsanforderungen entsprechen wie die Erzeugnisse, die den Abnehmern abgegeben werden[37]. Der Fabrikant darf daher in seinem Betrieb nur Produktionsmittel einsetzen, die bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit seiner Mitarbeiter oder Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden[38].

Mit dieser Regelung geht das PrSG über die Richtlinie 2001/95/EG der Europäischen Gemeinschaft über die allgemeine Produktesicherheit hinaus. Diese bezweckt nur die Schaffung eines hohen Verbraucherschutzniveaus[39]. Auf Produkte, die zur ausschliesslichen gewerblichen Nutzung konzipiert sind, ist sie nur anwendbar, wenn diese anschliessend auf den Verbrauchermarkt gelangen[40].

c. Dienstleistungserbringung (Art. 2 Abs. 3 lit. b)

Nach Meinung des Gesetzgebers wäre es nicht gerechtfertigt, die Erbringer von Dienstleistungen irgendwelcher Art von der Pflicht, nur sichere Produkte in Verkehr zu bringen, auszunehmen. Art. 2 Abs. 1 lit. b PrSG stellt daher die Verwendung oder Anwendung eines Produkts im Rahmen des *Erbringens einer Dienstleistung* dem Inverkehrbringen durch den Hersteller gleich[41]. Der Bundesrat vertrat schon in der Botschaft die Meinung, die Kunden von Personen, die Dienstleistungen erbringen würden, hätten den gleichen Anspruch auf sichere Lasergeräte, Trainings- und Sportgeräte etc. wie die Erwerber solcher Produkte in einem Laden oder im Versandhandel[42].

Auch mit dieser Lösung geht das PrSG teilweise über die Vorgaben der Richtlinie 2001/95/EG hinaus. Danach sollen zwar die angestrebten Schutzziele auch «für Produkte gelten, die den Verbrauchern im Rahmen einer Dienstleistung geliefert oder zur Verfügung gestellt werden, um von ihnen benutzt zu werden[43].» Anders als das PrSG schliesst die Richtlinie 2001/95/EG aber «die Sicherheit von Arbeitsmitteln, die von Dienstleistungserbringern selbst zur Erbringung einer Dienstleistung für Verbraucher benutzt werden» von ihrem Anwendungsbereich ausdrücklich aus[44]. Nach Meinung des Europäischen Gesetzgebers ist die Sicherheit von Arbeitsmitteln im Zusammenhang mit der Sicherheit der erbrachten Dienstleistung zu sehen. Namentlich die Arbeitsmittel der Erbringer von Dienstleistungen, in denen sich beispielsweise die Verbraucher fortbewegten oder reisten, sollten daher nicht unter die Richtlinie fallen[45].

d. Bereithalten zur Benützung durch Dritte (Art. 2 Abs. 3 lit. c)

Was nach Art. 2 Abs. 3 lit. b PrSG für die Verwendung oder Anwendung eines Produkts im Rahmen des Erbringens einer Dienstleistung gilt, soll nach Art. 2 Abs. 3 lit. c PrSG auch für das *Bereithalten eines Produkts* zur Benutzung durch Dritte gelten. Stellt danach beispielsweise der Verkäufer einem Interessenten ein Hobby- oder Heimwerkergerät oder eine Küchenmaschine zum Gebrauch zur Verfügung oder darf das Publikum an Ausstellungen oder Messen Vorführobjekte testen[46], dürfen nur Produkte zum Einsatz kommen, die bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwender nicht oder nur geringfügig gefährden[47].

e. Anbieten eines Produkts (Art. 2 Abs. 3 lit. d)

Nach Art. 2 Abs. 3 lit. d PrSG gilt das Gesetz nicht erst für das eigentliche Inverkehrbringen, sondern bereits für das *Anbieten des Produkts*. Nach Meinung des Gesetzgebers bilden sich die Sicherheitserwartungen der Verwender nämlich bereits in dieser Phase. So würden beispielsweise Prototypen an Ausstellungen vorgestellt und deren Handhabung vorgeführt, noch bevor das erste Exemplar in die Serienproduktion gehe. Auch Werbung und Public Relations für neue Produkte in den gedruckten und elektronischen Medien starteten

[33] Art. 2 Abs. 3 lit. a PrSG.
[34] Art. 2 Abs. 3 lit. b PrSG.
[35] Art. 2 Abs. 3 lit. c PrSG.
[36] Art. 2 Abs. 3 lit. d PrSG.
[37] Botschaft (FN 1), 7435.
[38] Art. 3 Abs. 1 PrSG.
[39] Ziff. 4 der Erwägungsgründe der Richtlinie 2001/95/EG.
[40] Ziff. 10 der Erwägungsgründe der Richtlinie 2001/95/EG.
[41] Botschaft (FN 1), 7435.
[42] Botschaft (FN 1), 7435.
[43] Ziff. 9 der Erwägungsgründe der Richtlinie 2001/95/EG. Folgerichtig gilt daher nach Art. 2 lit. a der Richtlinie als «Produkt» im Sinne der Richtlinie «jedes Produkt, das – auch im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen – für Verbraucher bestimmt ist oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen von Verbrauchern benutzt werden könnte (...)».
[44] Ziff. 9 der Erwägungsgründe der Richtlinie 2001/95/EG.
[45] Ziff. 9 der Erwägungsgründe der Richtlinie 2001/95/EG.
[46] Botschaft (FN 1), 7435.
[47] Art. 3 Abs. 1 PrSG.

bisweilen sehr früh und würden im Publikum bereits eine Vorstellung über die Produktsicherheit schaffen. Zwar stelle die Werbung als solche kein Inverkehrbringen dar. Das Anpreisen eines Produkts zum Kauf oder Gebrauch falle jedoch dann als «Anbieten» unter das PrSG, wenn in Inseraten, Prospekten, Katalogen etc. ein Bestellcoupon enthalten sei; dasselbe gelte für Angebote auf einer Website, bei der auch eine Bestellung aufgegeben werden könne[48].

3. Fazit: Weiter Kreis der pflichtigen Inverkehrbringer

Diese Ausführungen zeigen, dass der *Anwendungsbereich des PrSG* im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen von Produkten *ausserordentlich weit* ist. In der Pflicht stehen nicht nur der Hersteller oder der Importeur von Produkten, sondern viele andere Unternehmer auch, der Bauunternehmer etwa, der Klempner oder der Hotelier, der seinem Gast als Souvenir ein Sackmesser schenkt. Das Gesetz gilt für jedes gewerbliche oder berufliche Inverkehrbringen von Produkten durch den Hersteller, den Importeur, den Händler und den Erbringer von Dienstleistungen. Es geht sogar noch weiter: Dem Inverkehrbringen gleichgestellt wird nämlich u.a. die Verwendung oder Anwendung eines Produkts im Rahmen des Erbringens einer Dienstleistung oder das Bereithalten eines Produkts zur Benutzung durch Dritte. Auch der Autovermieter ist also in der Pflicht und mit ihm viele andere Unternehmen!

C. Haftung

Nach Art. 1 Abs. 1 soll das PrSG die Sicherheit von Produkten gewährleisten. Die Pflichten, welche Personen erfüllen müssen, die ein Produkt in Verkehr bringen, sollen gewährleisten, dass nur Produkte in Verkehr gebracht werden, die bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwender nicht oder nur geringfügig gefährden[49]. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass sich die Vorschriften des PrSG im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen von Produkten als *Schutznormen* qualifizieren, deren Verletzung neben den strafrechtlichen Folgen der Art. 16 und 17 auch zivilrechtliche Konsequenzen hat.

Nach der hier vertretenen Auffassung tritt daher mit dem Inkrafttreten des PrSG neben die Kausalhaftung des PrHG eine *weitere mögliche Anspruchsgrundlage*: Der Inverkehrbringer macht sich nach *Art. 41 oder 55 OR* haftbar, wenn er es unterlässt, zu prüfen, ob das Produkt, das er in Verkehr zu bringen gedenkt, die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt, und zwischen dieser Unterlassung und dem Schaden insofern ein (hypothetischer) Kausalzusammenhang besteht, als pflichtgemässes Verhalten den Eintritt des Schadens verhindert hätte. Es genügt, dass der Geschädigte nachweist, dass «nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für diesen hypothetischen Kausalverlauf spricht[50].»

Angesichts der Tatsache, dass das PrSG den Kreis der Inverkehrbringer weit zieht, ist dieser im Ergebnis neue Haftungstatbestand im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen von Produkten von grosser praktischer Bedeutung.

V. Produktbeobachtungs- und Rückrufpflicht nach Art. 8 PrSG

A. Gesetzliche Regelung

Nach Art. 8 Abs. 2 PrSG muss der Hersteller oder Importeur, der ein Produkt in der Schweiz in Verkehr bringt, im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit angemessene Massnahmen treffen, um während der angegebenen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauchsdauer eines Produkts die *Gefahren zu erkennen*, die von seinem Produkt bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung ausgehen können[51], um *allfällige Gefahren abwenden*[52] und das Produkt rückverfolgen zu können[53]. Ferner muss er Beanstandungen, welche sich auf die Sicherheit des Produkts beziehen, mit der gebotenen Sorgfalt prüfen und nötigenfalls Stichproben durchführen[54].

B. Begriffsbestimmungen des PrSG

1. Begriff des Konsumguts

Die speziellen Pflichten des Herstellers oder des Importeurs für die Zeit nach dem Inverkehrbringen gelten nach Art. 8 Abs. 1 PrSG nur «für Produkte, die *für Konsumentinnen und Konsumenten bestimmt* sind oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumentinnen und Konsumenten benutzt werden könnten». Den *Begriff des Konsumenten* definiert das Gesetz nicht. Nach der hier vertretenen Auffassung kann für die Begriffsbestimmung an der Legaldefinition des «Konsumentenvertrags» in Art. 32 Abs. 2 der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung angeknüpft werden. Als Konsumentenverträge gelten nach dieser Definition «Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder fa-

[48] Botschaft (FN 1), 7435.
[49] Art. 3 Abs. 1 PrSG.
[50] Rey Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, N 594a; vgl. auch BGE 121 III 358, 363.
[51] Art. 8 Abs. 2 lit. a PrSG.
[52] Art. 8 Abs. 2 lit. b PrSG.
[53] Art. 8 Abs. 2 lit. c PrSG.
[54] Art. 8 Abs. 3 PrSG.

miliären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden». Produkte für Konsumenten im Sinne von Art. 8 Abs. 1 PrSG sind daher *Produkte des üblichen Ge- oder Verbrauchs*, die *für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse Privater* bestimmt sind. Zu denken ist an Spielzeug, Hobby- oder Sportartikel, an Textilien, Möbel und Leuchten[55], aber auch Wegwerfartikel, die nur kurz im Gebrauch sind.

Vom Anwendungsbereich der Produktbeobachtungs- und Rückrufpflicht des PrSG ausgeschlossen sind damit alle Produkte, die nicht dem üblichen Ge- oder Verbrauch dienen oder für berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten bestimmt sind[56]. Dieser Ausschluss vom Anwendungsbereich des Art. 8 PrSG gilt nicht für beruflich oder gewerblich genutzte Produkte des üblichen Verbrauchs, die *unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumenten benutzt* werden können.

Die deutsche Lehre spricht in diesem Zusammenhang von «*Produkt-Migration*»[57]. Zu denken ist an Erzeugnisse aus dem Heimwerker-Bereich, die sowohl für gewerbliche Zwecke wie auch für den privaten Gebrauch einsetzbar sind. Da eine solche Nutzung bei sehr vielen beruflich oder gewerblich genutzten Produkten möglich ist, ist der Anwendungsbereich des Art. 8 PrSG sehr weit. Thomas Klindt spricht bei der Erörterung der entsprechenden Regelung im deutschen GPSG daher zu Recht von einer selbst für Juristen erstaunlichen Anhäufung unbestimmter Rechtsbegriffe und wirft die Frage auf: «Was sind denn ‹vernünftigerweise vorhersehbare› Bedingungen? Gibt es auch ‹unvernünftigerweise vorhersehbare› sowie ‹unvorhersehbare› Bedingungen[58]?»

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 8 auf Produkte, die für Konsumenten bestimmt sind oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumenten benutzt werden, scheint immerhin *enger* zu sein *als die Beschränkung des Anwendungsbereichs des PrHG* auf Schäden an Sachen, die nach ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet worden sind. Dieser Einschränkung liegt die Überlegung zugrunde, den besonderen Schutz des PrHG benötige nur der private Verbraucher; die gewerblichen oder beruflichen Produktbenutzer seien demgegenüber in der Lage, sich anderweitig, insbesondere durch spezielle Ausgestaltung ihrer Verträge, abzusichern[59].

Anzufügen bleibt, dass Art. 8 PrSG nicht nur den Schutz des Konsumenten im Auge hat. Der Hinweis auf die Konsumentinnen und Konsumenten in Art. 8 Abs. 1 PrSG will die Produktbeobachtungspflicht nach Art. 8 Abs. 2 PrSG bloss auf Konsumgüter und Produkte beschränken, die unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumenten benutzt werden können. Wie sich aus Art. 8 Abs. 5 PrSG ergibt, soll damit aber auch eine *Gefährdung der Sicherheit oder der Gesundheit Dritter* vermieden werden. Ebenso wie das PrHG schützt auch das PrSG neben dem Benutzer oder Verbraucher eines Produkts als direkten oder indirekten Vertragspartner des Herstellers auch den unbeteiligten Dritten[60], den sogenannten «innocent bystander», der mit dem Produkt nicht als Konsument, sondern «in sonstiger Weise in Berührung gerät und dadurch einen Schaden (...) erleidet[61].»

2. *Begriff des Herstellers*

Wer *Hersteller* ist, sagt das PrSG nicht. In Art. 2 Abs. 4 PrSG findet sich bloss die Aussage, als Hersteller im Sinne des PrSG würden auch die Personen gelten, die sich als Hersteller ausgäben, indem sie ihren Namen, ihr Warenzeichen oder ein anderes Erkennungszeichen auf dem Produkt anbrächten[62], als Vertreterin des Herstellers auftreten würden, wenn dieser seinen Sitz nicht im Inland habe[63], das Produkt wiederaufbereiten würden[64] oder eine Tätigkeit ausübten, welche die Sicherheitseigenschaften eines Produkts anderweitig beeinflusse[65].

Nach der hier vertretenen Auffassung kann zur Definition des Herstellers im Sinne des PrSG von der *Begriffsbestimmung des PrHG* ausgegangen werden. Danach ist Hersteller, wer das verwendungsbereite Produkt oder die zum Ein- oder Zusammenbau bestimmten Teile herstellt[66]. Da das PrSG die Verwen-

55 Vgl. Klindt (FN 32), 466.
56 Vgl. dazu auch Giger Hans, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, 1. Unterteilband: Der Konsumkredit, Bern 2007, 192 N 54.
57 Klindt (FN 32), 466.
58 Klindt Thomas, Geräte- und Produktsicherheitsrecht, ZfAW 1 2007, 54.
59 BSK-Fellmann (FN 13), Art. 1 PrHG N 8.
60 So ausdrücklich Botschaft (FN 1), 7431.
61 Christen Andres, Produkthaftung nach der EG-Produkthaftungsrichtlinie im Vergleich zur Produkthaftung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1992, 36; vgl. auch Botschaft (FN 1), 7431; BSK-Fellmann (FN 13), Art. 1 PrHG N 3; Hess Hans-Joachim, Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz (PrHG), 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996, Art. 1 N 30.
62 Art. 2 Abs. 4 lit. a PrSG.
63 Art. 2 Abs. 4 lit. b PrSG.
64 Wobei die Einschränkung des Art. 1 Abs. 4 PrSG zu beachten ist, wonach das PrSG für das Inverkehrbringen gebrauchter Produkte nicht gilt, wenn diese als Antiquitäten überlassen werden (Art. 1 Abs. 4 lit. a PrSG) oder vor ihrer Verwendung instand gesetzt oder wiederaufbereitet werden müssen und der Inverkehrbringer diejenige Person, der sie überlassen werden, darüber ausreichend unterrichtet (Art. 1 Abs. 4 lit. b. PrSG).
65 Art. 2 Abs. 4 lit. c PrSG.
66 Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a PrHG.

dungsbereitschaft zum Begriffsmerkmal macht, gelten die Hersteller von Grundstoffen oder Teilprodukten von Konsumgütern im Gegensatz zur Lösung des PrHG[67] nicht als Hersteller.

Hersteller des verwendungsbereiten Produkts ist, wer dieses, so wie es an den Verbraucher gelangt, fertigt[68]. Unerheblich ist, ob er neben selbstständig angefertigten Teilen auch von Zulieferern konstruierte und hergestellte Teilprodukte verwendet. Als Hersteller des Endprodukts gilt sogar der blosse Assembler, der am eigentlichen Produktionsprozess nicht beteiligt ist, sondern lediglich von Dritten vorgefertigte Teile zu einer Sache zusammenfügt[69]. Erforderlich ist jedoch, dass am Produkt ein Eingriff vorgenommen wird, der die Produktegestaltung oder eine wesentliche Eigenschaft des Erzeugnisses bestimmt. Die Fertigungsfunktion muss im Vordergrund stehen. Der Händler, der bloss die Endmontage eines in Einzelteilen versandten Produkts vornimmt, ist daher nicht Hersteller. Hier überwiegt die Vertriebsfunktion[70]. Kein Hersteller ist, wer von Dritten gelieferte fertige Produkte lediglich in kleinere Einheiten verpackt oder abfüllt. Ändert er demgegenüber durch Zugabe weiterer Stoffe die Zusammensetzung der Grundsubstanzen oder mischt er die ihm gelieferten Grundsubstanzen (Extrakte oder Konzentrate) unter Zugabe von Flüssigkeit oder Kohlensäure zu einem Endprodukt, liegt ein Herstellungsprozess vor. Wer deshalb Coca-Cola-Extrakte zum Endprodukt mischt, ist nicht Händler, sondern Hersteller[71].

3. *Begriff des Importeurs*

Ebenso wenig wie es den Begriff des Herstellers definiert, bestimmt das PrSG den *Begriff des Importeurs*. Nach der hier vertretenen Auffassung ist Importeur im Sinne von Art. 8 Abs. 2 PrSG jede Person, die ein Produkt in die Schweiz einführt[72]. Als Import gilt auch der Reimport. Reimport liegt vor, wenn ein Erzeugnis in der Schweiz hergestellt, anschliessend ins Ausland exportiert und dann wieder in die Schweiz eingeführt wird[73].

Da als Inverkehrbringen eines Produkts nach Art. 2 Abs. 3 PrSG das entgeltliche und das unentgeltliche Überlassen eines Produkts gilt, fragt es sich, ob die für das PrHG geltende Beschränkung des Imports auf die Einführung eines Produkts zum Zweck des Verkaufs, der Vermietung, des Mietkaufs oder einer anderen Form des Vertriebs im Rahmen einer geschäftlichen Tätigkeit[74] auf den Importeurbegriff des Art. 8 PrSG ebenfalls Anwendung findet. Nach der hier vertretenen Meinung ist dies der Fall, weil der Begriff des Konsumenten im Sinne von Art. 8 Abs. 1 PrSG auf der Anbieterseite nach einer Partei verlangt, welche Konsumgüter im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit anbietet. Der Import muss daher im Rahmen der *geschäftlichen Tätigkeit des Importeurs* liegen. Einfuhren für den Eigengebrauch, sei dieser nun privater oder gewerbsmässiger Natur, scheiden damit aus.

Massgebender *Zeitpunkt für die Zweckbestimmung* ist die Einfuhr. Importiert deshalb jemand ein Produkt zum privaten Gebrauch, entschliesst sich aber später, dieses Erzeugnis doch noch zu veräussern, ist die Einfuhr nicht im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit erfolgt[75]. Der Import muss zum Zweck des Vertriebs erfolgen. Als Vertrieb gilt «jeder Absatz von Produkten im Rahmen längerfristig geplanter kommerzieller Tätigkeit[76].» Als Beispiel für einen möglichen Vertrieb nennt das PrHG in Art. 2 Abs. 1 lit. c den Verkauf, die Vermietung und den Mietkauf. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend. Vielmehr qualifiziert sich jede Art des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck als Vertrieb im Rahmen der nach Art. 2 Abs. 1 lit. c PrHG erforderlichen geschäftlichen Tätigkeit[77]. Nach der hier vertretenen Ansicht gilt dies auch für den Begriff des Importeurs nach Art. 8 Abs. 2 PrSG.

C. Vorkehren zur Produktbeobachtung und Massnahmen zur Gefahrenabwehr

Nach den Erläuterungen in der Botschaft verpflichten Art. 8 Abs. 2 und 3 PrSG «die Hersteller oder die Importeure, Massnahmen zu treffen, damit sie in der Lage sind, auch nach dem Inverkehrbringen die vom Produkt ausgehenden *Gefahren zu erkennen* und das Erforderliche zur *Gefahrenabwehr* vorzukehren. Dazu gehört eine *Meldepflicht* an die Vollzugsorgane, wenn der Hersteller oder ein anderer Inverkehrbringer feststellt, dass ein Produkt die Sicherheit oder Gesundheit von Personen gefährdet[78].»

Welche Massnahmen zur Gefahrenerkennung getroffen werden müssen, hängt nach Auffassung des Bundes-

[67] Art. 2 Abs. 1 lit. a PrHG.
[68] BSK-Fellmann (FN 13), Art. 2 PrHG N 4; vgl. auch Borsari (FN 13), 52 f.
[69] Vgl. Borsari (FN 13), 53; BSK-Fellmann (FN 13), Art. 2 PrHG N 4; Hess (FN 61), Art. 2 N 27 f.
[70] Vgl. Borsari (FN 13), 57 f.; BSK-Fellmann (FN 13), Art. 2 PrHG N 4.; Hess (FN 61), Art. 2 N 26 ff.
[71] Fellmann Walter/von Büren-von Moos Gabrielle, Grundriss der Produktehaftpflicht, Bern 1993, N 49; vgl. auch Borsari (FN 13), 57 f.
[72] Vgl. BSK-Fellmann (FN 13), Art. 2 PrHG N 13.
[73] BSK-Fellmann (FN 13), Art. 2 PrHG N 13; vgl. auch Borsari (FN 13), 70 f.
[74] Art. 2 Abs. 1 lit. c PrHG.
[75] Borsari (FN 13), 71 f.; BSK-Fellmann (FN 13), Art. 2 PrHG N 14; Hess (FN 61), Art. 2 N 96.
[76] Pott Werner/Frieling Günter, Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Kommentar, Essen 1992, § 4 N 56.
[77] Vgl. Borsari (FN 13), 72 ff.; BSK-Fellmann (FN 13), Art. 2 PrHG N 15; Hess (FN 61), Art. 2 N 97 ff.
[78] Botschaft (FN 1), 7441.

rats «namentlich vom Gefahrenpotenzial des Produkts und der Anzahl der in Verkehr gebrachten Produkte ab[79]». Hinweise auf mögliche Massnahmen sollten die Produzenten in den einschlägigen Normen zur Qualitätssicherung der Normenreihe SN EN ISO 9000 ff. finden[80].

Hinweise, welche Massnahmen der Hersteller oder der Importeur im Rahmen seiner Produktbeobachtung treffen muss und was er bei Gefahr vorzukehren hat, lassen sich aus dem Inhalt der Meldung ableiten, welche der Hersteller oder Importeur der zuständigen Behörde nach Art. 8 Abs. 5 PrSG zu machen hat, wenn er feststellt oder Grund zur Annahme hat, dass von seinem Produkt eine Gefahr für die Sicherheit oder die Gesundheit der Konsumenten oder Dritter ausgeht.

Tritt eine solche Situation ein, hat der Hersteller oder der Importeur der zuständigen Behörde alle Angaben zu machen, die eine genaue *Identifizierung* des Produkts erlauben[81]. Ferner muss er ihr eine umfassende *Beschreibung der Gefahr* geben, die vom fraglichen Produkt ausgehen kann[82]. Ausserdem hat er alle verfügbaren *Angaben* darüber zu machen, von wem er das Produkt bezogen und an wen er es geliefert hat[83]. Die Angabe, an wen er geliefert hat, ist nicht erforderlich, wenn er das Produkt direkt an den Verwender abgegeben hat[84]. Schliesslich muss er die zuständige Behörde auch über die *Massnahmen* orientieren, die er zur *Abwendung der Gefahr* getroffen hat, wie zum Beispiel Warnungen, Verkaufsstopp, Rücknahme vom Markt[85] oder Rückruf[86] des Produkts[87].

Die Hinweispflichten des Art. 8 Abs. 5 lit. a–d PrSG zeigen, dass sich der Hersteller oder Importeur im Rahmen seiner Produktbeobachtungspflicht mindestens alle Angaben sichern muss, die eine genaue Identifizierung des Produkts und eine umfassende Beschreibung der Gefahr erlauben, die vom fraglichen Produkt ausgehen kann. Ferner hat er sicherzustellen, dass er weiss, von wem er das Produkt bezogen[88] und an wen er es geliefert hat[89] – ausser er habe es direkt an den Verwender geliefert[90]. Stellt er fest oder hat er Grund zur Annahme, dass von seinem Produkt eine Gefahr für die Sicherheit oder die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter ausgeht, muss er schliesslich geeignete Massnahmen zum Schutz der Gefährdeten treffen. Das Gesetz führt als mögliche Massnahme Warnungen, Verkaufsstopps, Rücknahme vom Markt oder Rückruf des Produkts an.

D. Dauer der Produktbeobachtungspflicht

Nach Art. 8 Abs. 2 PrSG enden die Produktbeobachtungspflicht und die Pflicht zur Ergreifung der dafür erforderlichen Massnahmen mit Ablauf der angegebenen oder voraussichtlichen *Gebrauchsdauer*. Gibt der Hersteller oder Importeur eine Gebrauchsdauer an, endet die Produktbeobachtungspflicht also mit Ablauf dieser Frist[91].

An der *Haftung für fehlerhafte Produkte* nach den Bestimmungen des PrHG ändert dies freilich nichts. Sie verwirkt erst zehn Jahre nach dem Tag, an dem der Hersteller das Produkt in Verkehr gebracht hat[92]. Die Verjährung tritt drei Jahre nach dem Tag ein, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden, vom Fehler und vom Hersteller erlangt hat oder hätte erlangen müssen[93].

Die zivilrechtliche *Haftung* des Herstellers nimmt also *keine Rücksicht auf die mutmassliche Lebensdauer* des Produkts. Auch wenn diese viel kürzer ist als die 10-jährige Verwirkungsfrist, haftet der Hersteller. Er hat damit auch für Spätschäden einzustehen, die nach Ablauf der aufgedruckten Konsumationsfrist oder der angegebenen Gebrauchsdauer auftreten. Ferner haftet er für schädigende Wirkungen, die erst nach dem Ablauf des Konsumationsdatums oder der üblichen Gebrauchsdauer aufhören[94].

E. Einbezug des Händlers

Nach Art. 8 Abs. 4 PrSG hat der *Händler* zur Einhaltung der Sicherheitsanforderungen beizutragen und an der Überwachung der Sicherheit der in Verkehr gebrachten Produkte mitzuwirken. Er hat Massnahmen zu ergreifen, die ihm eine wirksame Zusammenarbeit mit dem Hersteller oder Importeur sowie mit den zuständigen Vollzugsorganen ermöglichen.

79 Botschaft (FN 1), 7441.
80 Botschaft (FN 1), 7441.
81 Art. 8 Abs. 5 lit. a PrSG.
82 Art. 8 Abs. 5 lit. b PrSG.
83 Art. 8 Abs. 5 lit. c PrSG.
84 Art. 8 Abs. 5 lit. c PrSG.
85 Als «Rücknahme» definiert Art. 2 lit. h der Richtlinie 2001/95/EG der Europäischen Gemeinschaft über die allgemeine Produktsicherheit «jede Massnahme, mit der verhindert werden soll, dass ein gefährliches Produkt vertrieben, ausgestellt oder dem Verbraucher angeboten wird».
86 Als «Rückruf» definiert Art. 2 lit. g der Richtlinie 2001/95/EG der Europäischen Gemeinschaft über die allgemeine Produktsicherheit «jede Massnahme, die auf Erwirkung der Rückgabe eines dem Verbraucher vom Hersteller oder Händler bereits gelieferten oder zur Verfügung gestellten gefährlichen Produkts abzielt.»
87 Art. 8 Abs. 5 lit. d PrSG.
88 Man spricht in diesem Zusammenhang vom sogenannten «upstream» (Botschaft [FN 1], 7442).
89 In diesem Zusammenhang spricht man vom sogenannten «downstream» (Botschaft [FN 1], 7442).
90 Die Informationspflicht nach Art. 8 Abs. 5 lit. c PrSG erstreckt sich nur bis zur letzten Vertriebsstufe (Botschaft [FN 1], 7442).
91 Botschaft (FN 1), 7442.
92 Art. 10 Abs. 1 PrHG.
93 Art. 9 PrHG.
94 Botschaft (FN 1), 7442.

Unter dem Blickwinkel der Produkthaftpflicht erscheint der *Einbezug des Händlers* in die Produktbeobachtungspflicht nach den Bestimmungen des PrSG von *besonderer Tragweite*. Während der Händler nach Art. 2 Abs. 2 PrHG (ausservertraglich) nur haftet, wenn er dem Geschädigten nach einer entsprechenden Aufforderung nicht binnen einer angemessenen Frist den Hersteller oder die Person nennt, die ihm das Produkt geliefert hat, treffen ihn nach Art. 8 Abs. 4 und 5 PrSG weitreichende Pflichten.

Die *Probleme dieser Regelung* beginnen mit der Frage, wer «Händler» im Sinne des PrSG ist. Zusammen mit dem «Hersteller» und dem «Importeur» stellt ihn das Gesetz unter den Oberbegriff des «Inverkehrbringers[95]». Das PrSG definiert den Begriff des «Händlers» jedoch nicht. Der Gesetzgeber hat ihn offenbar aus Art. 5 Ziff. 2 der Richtlinie 2001/95/EG der Europäischen Gemeinschaft über die allgemeine Produktsicherheit übernommen. Dort wird seine Bedeutung aber ebenfalls nicht näher umschrieben. Nach der Umgangssprache ist der Händler ein Kaufmann[96], also jemand, «der beruflich Kauf u. Verkauf betreibt, der Handel treibt[97]». Da das PrSG die Inverkehrbringung von Produkten, also das entgeltliche oder unentgeltliche Überlassen von Produkten[98] im Auge hat, interessiert hier vor allem die Verkaufstätigkeit. Beim Händler im Sinne des PrSG geht es also um jemanden, der mit Produkten nach Art. 2 PrSG Handel treibt, indem er verwendungsbereite bewegliche Sachen an Kunden verkauft. Der Anwendungsbereich dieser Umschreibung ist weit. Er umfasst sowohl den Grossisten wie auch den Detaillisten, den Einzelkaufmann in der Boutique wie auch das Kaufhaus in der Grossstadt. Erforderlich ist nur, dass diese Kaufleute Produkte im Sinne von Art. 2 PrSG (entgeltlich oder unentgeltlich, etwa zu Werbezwecken)[99] in Verkehr bringen.

Nach Art. 8 Abs. 4 PrSG haben nun also alle diese Händler *zur Einhaltung der Sicherheitsanforderungen beizutragen* und an der *Überwachung der Sicherheit* der in Verkehr gebrachten Produkte *mitzuwirken*. Sie müssen Massnahmen ergreifen, die ihnen eine wirksame Zusammenarbeit mit dem Hersteller oder Importeur sowie mit der zuständigen Behörde ermöglichen[100].

Dass der Händler nach Art. 8 Abs. 5 PrSG auch zur *Meldung an die zuständige Behörde* verpflichtet ist, wenn er feststellt oder Grund zur Annahme hat, dass von einem Produkt, das er vertreibt, eine Gefahr ausgeht, zeigt die Terminologie des Gesetzes, das im Zusammenhang mit dieser Pflicht nicht mehr nur vom Hersteller oder Importeur spricht, sondern vom Hersteller oder einem anderen «Inverkehrbringer»[101]. Wie sich aus Art. 8 Abs. 5 lit. d PrSG ergibt, ist der Händler daher auch verpflichtet, Massnahmen zur Abwendung der Gefahr zu ergreifen.

In der Botschaft stellt sich der Bundesrat auf den Standpunkt, die dem Hersteller auferlegten Pflichten stellten für diesen «kein Neuland» dar. Die Pflicht zur Produktbeobachtung und zur Information der Vollzugsorgane entspringe der Eigenverantwortung des Inverkehrbringers[102]. Zwar mag es sein, dass den Händler in bestimmten Situationen schon bisher gegenüber seinen direkten Abnehmern vertragliche Schutzpflichten trafen, die jenen des Art. 8 Abs. 4 und 5 PrSG ähnlich waren. An *ausservertragliche Schutzpflichten gegenüber Dritten* hätte aber vor Inkrafttreten des PrSG wohl niemand gedacht, auch nicht die Befürworter einer extensiven Auslegung des Gefahrensatzes. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich daher beim Einbezug des Händlers in die (ausservertragliche) Produktbeobachtungs- und Rückrufpflicht um eine Neuerung von erheblicher Tragweite.

F. Massnahmen der zuständigen Behörde

Art. 10 Abs. 3 PrSG räumt der zuständigen Behörde *umfassende Kompetenzen* ein: Ist es zum Schutz der Sicherheit oder Gesundheit von Konsumenten oder Dritter erforderlich, kann sie insbesondere das weitere Inverkehrbringen eines Produkts verbieten[103], die Warnung vor den Gefahren eines Produkts, seine Rücknahme oder seinen Rückruf anordnen und nötigenfalls selbst vollziehen[104], die Ausfuhr von Produkten, deren weiteres Inverkehrbringen verboten worden ist, verbieten[105], und Produkte, von denen eine unmittelbare und ernste Gefahr ausgeht, einziehen und vernichten oder unbrauchbar machen[106].

Nach Art. 10 Abs. 4 PrSG ist die zuständige Behörde überdies verpflichtet, die Bevölkerung vor gefährlichen Produkten zu warnen, wenn der Inverkehrbringer nicht oder nicht rechtzeitig wirksame Massnahmen trifft.

Mit dem Einschreiten der zuständigen Behörde werden die Inverkehrbringer nicht von ihren Pflichten befreit.

[95] Art. 8 Abs. 5 PrSG, der vom «Hersteller» oder einem anderen «Inverkehrbringer» spricht.
[96] Wahrig, Deutsches Wörterbuch, Wahrig-Burfeind Renate (Hrsg.), 8. Aufl., Gütersloh/München 2006, 672.
[97] Wahrig (FN 96), 822.
[98] Art. 2 Abs. 3 PrSG.
[99] Botschaft (FN 1), 7434.
[100] Art. 8 Abs. 4 PrSG.
[101] Art. 8 Abs. 5 PrSG.
[102] Botschaft (FN 1), 7441.
[103] Art. 9 Abs. 2 lit. a PrSG.
[104] Art. 9 Abs. 2 lit. b PrSG.
[105] Art. 9 Abs. 2 lit. c PrSG.
[106] Art. 9 Abs. 2 lit. d PrSG.

Nach Art. 11 PrSG treffen sie vielmehr auch in diesem Fall umfassende Auskunfts- und Mitwirkungspflichten. Sie sind beim Vollzug zur Mitwirkung verpflichtet, wenn sich dies als notwendig erweist. Sie haben insbesondere alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie die erforderlichen Nachweise und Unterlagen herauszugeben – selbstverständlich unentgeltlich.

G. Haftung

Wie vorne schon dargelegt wurde, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass sich die Vorschriften des PrSG als *Schutznormen* qualifizieren, deren Verletzung neben den strafrechtlichen Folgen der Art. 16 ff. PrSG auch zivilrechtliche Konsequenzen hat. Nach der hier vertretenen Auffassung macht sich der Inverkehrbringer daher *nach Art. 41 oder 55 OR haftbar*, wenn er die Produktbeobachtungspflicht oder die Pflicht verletzt, bei Gefahr die erforderlichen Massnahmen zu treffen, und zwischen dieser *Unterlassung* und dem Schaden insofern ein (hypothetischer) Kausalzusammenhang besteht, als pflichtgemässes Verhalten den Eintritt des Schadens verhindert hätte. Der Geschädigte hat daher nachzuweisen, dass «nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für diesen hypothetischen Kausalverlauf spricht»[107].

Von erheblicher Tragweite ist, dass sich diese Haftung nicht auf den Hersteller im Sinne von Art. 2 PrHG beschränkt, sondern sich *auch der Händler haftbar* machen kann, wenn er die Pflichten nach Art. 8 Abs. 4 und 5 PrSG verletzt, und zwar nicht nur gegenüber seinem direkten Abnehmer (aus Vertrag), sondern auch gegenüber Dritten.

VI. Fazit

Das PrSG hat die parlamentarische Beratung ohne grosse Diskussionen passiert. Welcher Parlamentarier will schon gegen Produktsicherheit antreten und sich damit gegen den «Zeitgeist» wenden? Bei näherer Untersuchung findet der Jurist indessen unter dem Schafspelz der Sicherheit und Gesundheit einen veritablen Wolf: Das PrSG geht teilweise weit über die Ziele der Richtlinie 2001/95/EG der Europäischen Gemeinschaft über die allgemeine Produktsicherheit hinaus. Es beschränkt seinen Anwendungsbereich nicht auf Verbraucherschutz, sondern hat auch die berufliche und gewerbliche Nutzung im Auge. Ausserdem nimmt es neben dem Hersteller und Importeur auch den Erbringer von Dienstleistungen und den Händler in die Pflicht.

Was der Hersteller, der Importeur und die andern Inverkehrbringer zur Gewährleistung der Produktsicherheit im Einzelnen zu tun haben werden, lässt sich (noch) nicht genau sagen. Die Begriffe des PrSG sind zum Teil unklar und eine Konkretisierung der vielen Generalklauseln in der Praxis wird Jahre, wenn nicht gar Jahrzehnte dauern. Man erinnere sich, dass das erste Urteil des Bundesgerichts[108] zum PrHG am 19. Dezember 2006 erging, also über zehn Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes[109].

Sicher ist daher im Moment nur, dass das PrSG die Verantwortung und die Verantwortlichkeit des Herstellers, des Importeurs und vieler anderer Inverkehrbringer erheblich ausweitet. Wo das hinführt, wird erst die Anwendung des Gesetzes in der Praxis zeigen.

[107] Rey (FN 50), N 594a; vgl. auch BGE 121 III 358, 363.

[108] BGE 133 III 81 ff.; vgl. dazu Fellmann Walter, Der Produktfehler und sein Nachweis, recht 2007, 158 ff. m.w.H.

[109] 1. Januar 1994 (AS 1993, 3125).

www.jusletter.ch

Eugénie Holliger-Hagmann

Überblick über das neue PrSG

Das neue Produktesicherheitsgesetz (PrSG) tritt voraussichtlich am 1. Juli 2010 in Kraft. Seine Sicherheitsanforderungen gelten nicht nur beim Inverkehrbringen, sondern während der ganzen voraussichtlichen Gebrauchsdauer eines Produkts. Das PrSG verlangt von den Unternehmen organisatorische Vorkehren, damit sie die neu auf sie zukommenden Pflichten zur nachträglichen Produktbeobachtung und zur Meldung auftauchender Gefahren an die Vollzugsorgane erfüllen können.

Rechtsgebiet(e): Produktehaftpflicht

Zitiervorschlag: Eugénie Holliger-Hagmann, Überblick über das neue PrSG, in: Jusletter 10. Mai 2010

ISSN 1424-7410, www.jusletter.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77

Inhaltsübersicht

1. Zweck des Gesetzes
2. Nebeneinander von 118 Erlassen zur Produktsicherheit
3. Geschützter Personenkreis
4. Das Produkt
5. Sicherheitsanforderungen
6. Sicherheitsnachweis
7. Die Akteure
8. Nachmarktregime
9. Vollzugsmassnahmen und Strafen
10. Übergangsbestimmungen
11. Kritische Schlussbemerkungen

1. Zweck des Gesetzes

[Rz 1] Das Produktesicherheitsgesetz (PrSG) vom 12. Juni 2009[1] ist ein Erlass des öffentlichen Rechts. Es verfolgt gemäss Art. 1 Abs. 1 gleich zwei Zwecke: die Gewährleistung der Produktsicherheit und die Erleichterung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs. Es regelt die Verantwortung der Hersteller und der übrigen Inverkehrbringer für die Sicherheit der Produkte, die Kompetenzen der Vollzugsorgane und die strafrechtlichen Sanktionen der Missachtung von Sicherheitspflichten.

[Rz 2] Im Interesse des Handels mit den EU-Staaten und um dem Schnellwarnsystem RAPEX der EU für gefährliche Produkte beitreten zu können, war die Schweiz gezwungen, die EG-Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit (RaPS)[2] in wesentlichen Teilen zu übernehmen.

[Rz 3] Das PrSG ist kein verwaltungsrechtlicher Zwilling des seit 17 Jahren in Kraft stehenden Produktehaftpflichtgesetzes (PrHG)[3], obgleich sich einige Begriffe in beiden Erlassen entsprechen. Man darf das PrHG trotzdem nicht aus dem Blickfeld verlieren, weil im Hintergrund als Korrelat der verwaltungsrechtlich vorgeschriebenen Sicherheit immer die Produkthaftpflicht lauert.

2. Nebeneinander von 118 Erlassen zur Produktsicherheit

[Rz 4] Das PrSG löst die bestehenden 19 sektoriellen Produktsicherheitsgesetze und die 99 darauf basierenden Verordnungen nicht auf einen Schlag ab. Gegenwärtig wird in der Bundesverwaltung aufgrund der Motion WAK-SR (08.055) «Bereinigung der Spezialgesetzgebung im Bereich der Produktsicherheit» geprüft, inwieweit diese dem PrSG anzupassen sind. Es sollen allfällige Ungereimtheiten und Doppelspurigkeiten mit dem PrSG beseitigt werden. Bis Ende 2010 dürfte dazu eine Vernehmlassungsvorlage vorliegen.

[Rz 5] Zum Geltungsbereich des PrSG und/oder eines sektoriellen Erlasses äussert sich PrSG Art. 1 Abs. 3 sibyllinisch: «Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind anwendbar, soweit nicht andere bundesrechtliche Bestimmungen bestehen, mit denen dasselbe Ziel verfolgt wird.» Man muss also den sektoriellen Erlass darauf prüfen, ob das von ihm verfolgte Ziel mit jenem des PrSG deckungsgleich ist.

[Rz 6] Die in Art. 1 Abs. 1 genannte Produktsicherheit als eines der dort genannten beiden Ziele besteht gemäss PrSG Art. 3 Abs. 2 darin, dass keine Produkte in Verkehr gebracht werden, die bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender oder Dritter mehr als nur geringfügig gefährden. Art. 8, der die Nachmarktpflichten definiert, sowie Art. 9 ff, die den Vollzug regeln, ist zu entnehmen, dass gefährliche Konsumentenprodukte weder im Markt noch bei den Verwendern verbleiben dürfen. Sofern ein sektorieller Erlass echte Lücken aufweist, ist er durch das PrSG zu ergänzen. Für bestimme Produkte ist die Geltung des PrSG in Art. 20 sogar ausdrücklich vorgeschrieben, nämlich für das Inverkehrbringen von Motorfahrzeugen, Fahrrädern, deren Bestandteilen und von Bauprodukten. Die von der Produktdefinition in PrHG Art. 3 Abs. 2 ausdrücklich ausgenommenen landwirtschaftlichen Bodenerzeugnisse sowie die Tierzucht-, Fischerei- und Jagderzeugnisse, sofern sie noch keiner ersten Verarbeitung unterzogen wurden, fallen neu unter das PrSG. Art. 20 hebt die bisherige Ausnahmebestimmung im PrHG auf.

3. Geschützter Personenkreis

[Rz 7] Schutzobjekt des PrSG ist die Sicherheit und Gesundheit sämtlicher Personen, nämlich der Verwender und Dritter. Das PrHG geht weiter. Art. 1 Abs. 1 gewährt Schadenersatz nicht nur für die Tötung oder Verletzung von Personen sondern auch für die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache, «die nach ihrer Art gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet worden ist». Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a der Maschinenverordnung (MaschV)[4] dürfen Maschinen die Sicherheit und die Gesundheit von Personen und gegebenenfalls von Haustieren und Sachen nicht gefährden.

[Rz 8] Im Zeitpunkt des Inverkehrbringens gilt das PrSG für alle Produkte, auch für jene, die in Gewerbe und Industrie verwendet werden. Doch nach dem Inverkehrbringen gilt das PrSG nur noch für Konsumentenprodukte (siehe Rz 26). Dadurch kommt der Schutz durch die Produktbeobachtung und die zu diesem Zweck erforderlichen Massnahmen gemäss

[1] BBl 2009 4477, SR 819.1. Diese Nummer gilt noch bis zum Inkrafttreten des PrSG für das Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG) vom 19. März 1976.

[2] Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, L 11/4, 15.1.2002.

[3] Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht (PrHG) vom 18. Juni 1993 SR 221.112.944.

[4] Verordnung über die Sicherheit von Maschinen vom 2. April 2008 SR 819.14.

Art. 8 Abs. 2 – 4 nur noch den Konsumenten im Rechtssinne zugute. Nach der als massgeblich geltenden Definition von Art. 3 des Konsumkreditgesetzes (KKG)[5] ist Konsument jede natürliche Person, die einen Konsumkreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Diese ungerechtfertigte Privilegierung der Konsumenten und – als Pendant – die Benachteiligung der beruflich oder gewerblich mit Produkten umgehenden Personen verstösst gegen das in Art. 8 der Bundesverfassung verankerte Gebot der rechtsgleichen Behandlung, muss aber wegen der fehlenden Überprüfbarkeit der Bundesgesetze auf ihre Verfassungskonformität hingenommen werden. Materiell ist der Verstoss gegen Art. 8 BV von eher geringer Tragweite. Denn die in Gewerbe und Industrie Tätigen sind in der Regel durch arbeitsrechtliche Vorschriften und die Kontrollen der Betriebssicherheit durch die Suva und andere Organisationen geschützt.

4. Das Produkt

[Rz 9] Das Produkt ist sowohl nach Art. 2 Abs. 1 PrSG wie auch nach Art. 3 Abs. 1 lit. a PrHG eine bewegliche Sache, auch wenn sie Teil einer anderen beweglichen oder unbeweglichen Sache bildet. Beide Gesetze definieren die bewegliche Sache abweichend vom Zivilgesetzbuch (Art. 642 und 671), wonach ein von einer anderen Sache eingebauter oder einverarbeiteter Gegenstand in der absorbierenden beweglichen Sache oder Immobilie aufgeht und seine selbständige Rechtsexistenz verliert.

[Rz 10] Während das PrHG in Art. 1 Abs. 1 lit. b die Elektrizität zum Produkt stempelt, verzichtet das PrSG auf die Erwähnung der Elektrizität, weil ihr auch die RaPS keinen Produktstatus verleiht.

[Rz 11] Hingegen fällt Software, die nach heute geltender Ansicht den Charakter eines Produkts im Sinne des PrHG hat, ebenfalls unter das PrSG, auch wenn das vom Gesetz nicht ausdrücklich gesagt wird. Durch Softwareänderung oder -austausch wird beispielsweise beim Computertuning die Leistung von Automobilen gesteigert, was sicherheitsrelevant ist.

[Rz 12] Im Unterschied zum PrHG sagt Art. 2 Abs. 1 PrSG, eine Sache müsse verwendungsbereit sein, was sinngemäss aber auch für das PrHG gilt.

[Rz 13] Ob ein Produkt neu, gebraucht, wiederaufbereitet oder wesentlich verändert worden ist, spielt gemäss 2 Abs. 3 PrSG, welcher vier Inverkehrbringer definiert, keine Rolle. Das PrHG äussert sich nicht dazu. Das ist darauf zurückzuführen, dass erst ein nach dem Inverkehrbringen des fehlerhaften Produkts verursachter Schaden zur Haftung nach dem PrHG führt, also wenn das Produkt bereits nicht mehr fabrikneu ist.

[Rz 14] Doch kann man Antiquitäten und reparaturbedürftige Produkte von seiner Geltung ausnehmen. Zu diesem Zweck müssen Antiquitäten gemäss Art. 1 Abs. 4 PrSG ausdrücklich als solche bezeichnet überlassen werden. Nach der gleichen Vorschrift muss der Abnehmer bei reparaturbedürftigen Produkten ausreichend über die Reparaturbedürftigkeit informiert werden. Missachtet der Inverkehrbringer die genannten Informationen, dann fallen auch diese durch Alter oder Gebrauch nicht mehr sicheren Produkte unter das PrSG.

5. Sicherheitsanforderungen

[Rz 15] Das PrSG stellt in Art. 3 eine Fülle von Sicherheitsanforderungen auf, die es den Inverkehrbringern als Pflichten beim Inverkehrbringen auferlegt. Teilweise nennt es diese Sicherheitsanforderungen direkt, teilweise verweist es dafür auf andere Erlasse. Darüber hinaus verlangt Art. 5 von den Inverkehrbringern den Nachweis für die Sicherheit des Produkts aufgrund der dort genannten Kriterien (siehe Rz 29 ff).

[Rz 16] Im Unterschied dazu misst das PrHG die Produktsicherheit daran, ob das Erzeugnis die – unter Berücksichtigung aller Umstände – berechtigten Sicherheitserwartungen der Allgemeinheit erfüllt. 4 Abs. 1 PrHG gibt drei Beispiele für derartige Umstände, nämlich «die Art und Weise, in der es dem Publikum präsentiert wird», also die Darbietung, sodann den «Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann» und den Zeitpunkt, in dem es in Verkehr gebracht wurde. Die Definition des Produktfehlers durch das PrHG als Nichterfüllung der berechtigten Sicherheitserwartungen an das Produkt ist justiziabel. Das hat das Bundesgericht im Kaffeekannenurteil[6] bestätigt. Kaum ein halbes Jahr später wurde dieser Fehlerdefinition vom Bundesgericht[7] sogar die Nobilitierung zum Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 bs. 1 Ziff. 4 OR zuteil, welcher im konkreten Fall zur Aufhebung des Kaufvertrags berechtigte.

[Rz 17] Ein Produkt darf gemäss Art. 3 Abs. 1 PrSG bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und Gesundheit der Verwender und Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden[8]. Damit erteilt das Gesetz eine Absage an die in gewissen Produktsicherheitserlassen heute noch figurierende Einschränkung der Sicherheit auf den «bestimmungsgemässen» oder sogar «sorgfältigen» Gebrauch. Die «vernünftigerweise vorhersehbare Verwendung» entspricht dem «Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann» von 4 Abs. 1 lit. b PrHG. Die in Kauf zunehmende geringfügige Gefährdung ist kompatibel mit dem Sicherheitsbegriff des PrHG. Die berechtigten Sicherheitserwartungen basieren auf der Lebenserfahrung

[5] Bundsgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit SR 221.214.1.

[6] Urteil des Bundesgerichts 4C.298/2006 vom 19. Dezember 2006.

[7] Urteil des Bundesgerichts 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007.

[8] Erdem Büyüksagis, la relativité de la sécurité du produi, ZSR 2010 I 29 ff. Der Autor befasst sich mit dem hinzunehmenden Mindestrisiko eines Produkts.

der Allgemeinheit, wonach niemand ein absolutes Nullrisiko erwarten darf und eine geringfügige Gefährdung in Kauf zu nehmen hat.

[Rz 18] Gemäss Art. 3 Abs. 2 müssen die Produkte den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Art. 4 entsprechen. Diese werden vom Bundesrat festgelegt. Es handelt sich um die bereits bestehenden 19 sektoriellen Produktsicherheitsgesetze mit ihren 99 Verordnungen sowie um die künftig laufend von der EG übernommenen neuen Erlasse und deren erfahrungsgemäss häufige Revisionen. Das sagt das Gesetz aber nicht ausdrücklich, sondern es ergibt sich aus der Formulierung von Art. 4.

[Rz 19] Die grundlegenden Sicherheitsanforderungen können aber auch in technischen Normen niedergelegt sein, sofern diese gemäss Art. 6 von dem für ein bestimmtes Produkt zuständigen Bundesamt im Einvernehmen mit dem Sekretariat für Wirtschaft (Seco) bezeichnet wurden. Im Unterschied zu den technischen Vorschriften ist gemäss Art. 3 lit. b und c THG[9] die Anwendung der technischen Normen nicht zwingend.

[Rz 20] Aus Art. 5 Abs. 2 PrSG geht hervor, dass die Befolgung von «bezeichneten» technischen Normen eine Vermutung dafür liefert, dass ein Produkt diese grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt.

[Rz 21] Wenn ein Produkt weder die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt noch die bezeichneten technischen Normen – sei es, dass es keine solchen gibt, sei es, dass sich der Hersteller zutraut, in eigener Kompetenz die verlangte Sicherheit zu erreichen – dann muss das Produkt dem Stand des «Wissens und der Technik» entsprechen. Das PrSG verwendet also nicht das übliche Begriffspaar «Wissenschaft und Technik». Dieses würde das neueste Wissen beinhalten, das wissenschaftlich begründet ist und die neueste Technik, die als durchführbar erwiesen ist.

[Rz 22] Dieser «Stand der Wissenschaft und Technik» wird beispielsweise vom PrHG verwendet, und zwar in Art. 5 Abs. 1 lit. e für die Definition des sogenannten Entwicklungsfehlers. Danach haftet der Hersteller nicht, wenn der Produktfehler im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nach dem Stand von «Wissenschaft und Technik» nicht erkannt werden konnte.

[Rz 23] Das vom PrSG verwendete blosse «Wissen» schwimmt hingegen überall in der ganzen Welt unbewiesen in gedruckter oder elektronischer Form, wenn nicht sogar als bloss mündliche Überlieferung herum und ist weder für den Inverkehrbringer noch für das Vollzugsorgan zuverlässig eruierbar. Der Ausdruck steht in Art. 3 Abs. 3 lit. d) der RaPS und beweist einmal mehr, dass die wörtliche Übernahme von EG-Recht nicht immer das Gelbe vom Ei ist. Es wäre zu überprüfen, ob man dem Gesetzgeber zugutehalten darf, dass er einem Irrtum erlag und glaubte, es handle sich um «Wissenschaft und Technik», so dass man das Gesetz entsprechend auslegen müsste.

[Rz 24] Die französische Version des PrSG verwendet «l'état des connaissances et de la technique», also ebenfalls das Wissen, wogegen in der italienischen Fassung «stato della scienza e della tecnica» steht, was der Wissenschaft entspricht. Daraus könnte sich diesseits und jenseits des Gotthards eine unterschiedliche Gesetzesauslegung ergeben.

[Rz 25] Mit den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen, gegebenenfalls durch Anwendung bezeichneter technischer Normen oder durch Befolgung des Standes von Wissen und Technik, ist es noch nicht getan. PrSG Art. 3 Abs. 3 verlangt, für die Gewährleistung der Sicherheit und Gesundheit der Verwender und Dritter seien verschiedene Sachverhalte zu berücksichtigen: die angegebene oder voraussichtliche Gebrauchsdauer des Produkts; der Umstand, dass ein Produkt vernünftigerweise vorhersehbar mit einem anderen Produkt zusammen verwendet wird; der Umstand, dass das Produkt von besonders gefährdeten Personen verwendet wird wie beispielsweise von Kindern, Behinderten oder Senioren; der Umstand, dass das Produkt für Konsumenten bestimmt ist oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumenten benützt werden kann.

[Rz 26] Diese Definition des «Konsumentenprodukts» hat zweierlei Konsequenzen. Erstens muss der Inverkehrbringer der Tatsache Rechnung tragen, dass Konsumenten im Umgang mit gewissen Produkten weniger Erfahrung haben als die Hersteller und Fachleute und dass Fachchinesisch und Branchen-Slang für Instruktionen und Gefahrenwarnungen tabu sind. Zweitens müssen Hersteller und andere Inverkehrbringer mit der vernünftigerweise vorhersehbaren Produktmigration rechnen, dass nämlich Produkte, die sie für ausschliesslichen Gebrauch durch Fachleute in den Verkehr bringen, via Verbrauchermärkte und Do-it-yourself-Läden in die Hände von Laien geraten, die vom sicheren Umgang mit solchen Erzeugnissen überfordert sind. Nötigenfalls muss man am Produkt Sicherheitsvorrichtungen anbringen und dem höheren Risiko für Laien durch entsprechende Instruktion, Sicherheitshinweise und Gefahrenwarnungen Rechnung tragen.

[Rz 27] Der Inverkehrbringer muss darüber hinaus auch dafür sorgen, dass das Produkt der in Art. 3 Abs 4 durch ein Dutzend Begriffe definierten Darbietung im weitesten Sinne entspricht. Andernfalls muss er mit Massnahmen des Vollzugsorgans rechnen und könnte sich gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. a PrSG sogar strafbar machen. Die von Art. 4 Abs. 1 lit. a PrHG erwähnte Darbietung des Produkts wird vom PrSG in Art. 3 Abs. 4 lit. a – e weitschweifig ausgewalzt. Dem spezifischen Gefährdungspotenzial eines Produkts müssen folgende Informationen entsprechen: Kennzeichnung und Aufmachung;

[9] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse SR 946.51.

die Verpackung sowie die Anleitungen für seinen Zusammenbau, die Installation und die Wartung; Warn- und Sicherheitshinweise; Gebrauchs- und Bedienungsanleitung und Angaben zu seiner Entsorgung; alle sonstigen produktbezogenen Angaben oder Informationen. Zu den Letzteren zählen auch die Aussagen in der Werbung und in den PR.

[Rz 28] Wie Art. 4 Abs. 2 PrHG sagt auch Art. 3 Abs. 5 PrSG, ein Produkt sei nicht allein deshalb als gefährlich zu betrachten, weil ein sichereres Produkt in Verkehr gebracht wurde.

6. Sicherheitsnachweis

[Rz 29] Es genügt nicht, dass das Produkt sicher ist. Der Inverkehrbringer muss gemäss Art. 5 Abs. 1 PrSG auch nachweisen können, dass das Produkt die «grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen» erfüllt, unter Umständen durch den Nachweis, dass es den bezeichneten technischen Normen im Sinne von Art. 6 entspricht. Für den Nachweis der Konformität des Produkts mit diesen Anforderungen verweist das PrSG auf Art. 17 und 18 des THG. Wenn für ein bestimmtes Produkt (noch) kein solcher Konformitätsnachweis verlangt wird, muss der Inverkehrbringer aufgrund seiner Selbstverantwortung auf andere Weise belegen, dass für das Produkt eine Risikoanalyse und eine Risikobeurteilung durchgeführt wurden, welche ihn dazu berechtigen, von der Sicherheit des Produkts auszugehen.

[Rz 30] Entspricht das Produkt nicht den in Art. 6 PrSG geregelten technischen Normen, dann muss der Inverkehrbringer gemäss Art. 5 Abs. 3 nachweisen können, dass das Produkt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen auf andere Weise erfüllt.

[Rz 31] Fehlen grundlegende Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen, dann muss er gemäss Art. 5 Abs. 4 nachweisen können, dass das Produkt dem Stand des Wissens und der Technik entspricht.

[Rz 32] Hinsichtlich der in Art. 3 Abs. 3 und 4 PrSG aufgestellten Sicherheitsanforderungen schreibt Art. 5 merkwürdigerweise keine Nachweispflicht vor. Doch kann der Inverkehrbringer aus zwei Gründen in die Lage kommen, diesen Nachweis zu erbringen, nämlich dann, wenn das Vollzugsorgan sein Produkt bei der Kontrolle als zu wenig sicher qualifiziert oder in einem Strafverfahren.

[Rz 33] Die in Art. 5 ff. geregelten Nachweispflichten gehören zu den Pflichten beim Inverkehrbringen, die gemäss Art. 3 Abs. 6 primär nur für den Hersteller und die ihm in Art. 2 Abs. 4 gleichgestellten Personen gelten (siehe Rz 35). Der Importeur, der Händler und der Dienstleister werden von diesen Pflichten nur subsidiär erfasst. Andererseits stehen neben dem Hersteller die von der Verantwortungskaskade des Art. 3 Abs. 6 nicht erfassten übrigen Inverkehrbringer ebenfalls primär in der Pflicht, die Sicherheit des Produkts nachweisen zu können (siehe Rz 36).

7. Die Akteure

[Rz 34] Für die Sicherheit ist grundsätzlich der Inverkehrbringer verantwortlich, nämlich die Person, die gemäss Art. 2 Abs. 3 PrSG ein Produkt entgeltlich oder unentgeltlich abgibt. Gemäss Art. 1 Abs. 2 wird nur das gewerbliche oder berufliche Inverkehrbringen vom Gesetz erfasst. Im Unterschied zum PrHG, welches die Haftung ausschliesslich an die Herstellereigenschaft knüpft, werden vom PrSG alle Inverkehrbringer erfasst. Kein Zweifel herrscht hinsichtlich der Inverkehrbringer-Eigenschaft des Herstellers. So sagt PrSG 8 Abs. 5: «der Hersteller oder ein anderer Inverkehrbringer».

[Rz 35] Dem Hersteller werden durch Art. 2 Abs. 4 PrSG folgende drei Personen gleichgestellt: a) Wer sich als Hersteller ausgibt, indem er seinen Namen, sein Warenzeichen oder ein anderes Erkennungszeichen auf dem Produkt anbringt. Es handelt sich um den vom PrHG her bekannten Quasihersteller. b) Als Hersteller gilt sodann, wer als Vertreter des Herstellers auftritt, wenn dieser seinen Sitz nicht im Inland hat. «Auftritt» bedeutet, dass es sich auch um eine bloss faktischen, also nicht beauftragten Vertreter handeln kann. Nach Art. 10 Abs. 2 des Entwurfs zur Verordnung über die Produktesicherheit (PrSV)[10] wird die Konformitätserklärung «durch den Hersteller oder seinen in der Schweiz niedergelassenen Vertreter» ausgestellt, also von jemandem, der sich nicht bloss als Vertreter geriert, sondern rechtliche Vertretereigenschaft besitzt. Die Sicherheitspflichten eines Herstellers gelten aber auch für den bloss faktischen Vertreter. c) Als Hersteller gilt drittens die Person, die ein Produkt wiederaufbereitet oder durch ihre Tätigkeit die Sicherheitseigenschaften des Produkts anderweitig beeinflusst. Darunter fallen Reparatur- und Servicewerkstätten, Unternehmen, welche Geräterevisionen ausführen, Produkte nachrüsten, Automobile tunen, Skibindungen ersetzen etc. oder Betriebe, welche Produkte umverpacken und deren Darbietung ändern. Der Herstellerkreis ist also sehr breit definiert, erfasst hingegen – im Unterschied zu PrHG Art. 2 Abs. 1 lt. c – nicht auch den Importeur.

[Rz 36] Von der Definition des entgeltlichen oder unentgeltlichen Inverkehrbringens in Art. 2 Abs. 3 PrSG werden die Importeure, Gross- und Einzelhändler, Vermieter, Verleiher, Leasinggeber, Dienstleister und Schenker erfasst. Dem Importeur kommt eine dieser Inverkehrbringerrollen zu, weil ihn das PrSG, im Unterschied zum PrHG, nicht zu den Herstellern zählt. Die Gratisabgabe eines Produkts erfüllt immer dann den Begriff des Inverkehrbringens, wenn es in gewerblichem oder beruflichem Kontext erfolgt, beispielsweise die Abgabe von Warenmustern als Werbung oder das Überlassen von Produkten an eine Redaktion zu PR-Zwecken. Leasinggeber fallen nur für jene Leasinggeschäfte unter das PrSG, bei denen es sich nicht bloss um reines Finanzleasing

[10] SR 819.11. Diese Nummer gilt noch bis zum Inkrafttreten der PrSV für die Verordnung über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEV) vom 12. Juni 1995.

handelt. Wenn ein Unternehmen beispielsweise selbst mit den verleasten Objekten Handel treibt, Aufbauten auf importierte Lastwagenchassis erstellt oder eingekaufte Apparate mit Zusatzfunktionen oder Sicherheitsvorkehren nachrüstet und diese Produkte verleast, ist es Inverkehrbringer im Sinne des PrSG.

[Rz 37] In Art. 2 Abs. 3 lit. a-d definiert das Gesetz vier verschiedene Tätigkeiten ebenfalls als Inverkehrbringen. Dazu gehört der gewerbliche oder berufliche Eigengebrauch eines Produkts. Es sollen weder die Betriebsangehörigen noch die im Betrieb anwesende Drittpersonen zu Schaden kommen, wenn in einem Unternehmen selbst hergestellte oder nachgerüstete Geräte, chemisch-technische Produkte oder Lebensmittel verwendet werden. Hier kommt die Kantinenverpflegung mit Eigenprodukten in der Lebensmittelfabrik infrage, die auch von Gästen konsumiert wird oder der Gebrauch von im Betrieb hergestellten Reinigungsmitteln durch die Putzequipe der Waschmittelfabrik.

[Rz 38] Die von Art. 2 Abs. 3 lit. b PrSG genannte Verwendung oder Anwendung eines Produkts im Rahmen des Erbringens einer Dienstleistung erfasst beispielweise die Produkte und Geräte im Coiffeursalon oder in der Hand der Kosmetikerin, des Masseurs oder der Fusspflegerin, des Sportlehrers etc.

[Rz 39] Inverkehrbringen ist sodann gemäss lit. c das Bereithalten eines Produkts zur Benützung durch Dritte. Darunter fallen Betriebe wie Hotels, Fitnessclubs, Kindergärten, Einkaufszentren etc., die ihren Kunden Sportgeräte, Velos oder Kraftmaschinen und Spielgerät für Kinder zur Verfügung stellen.

[Rz 40] Schliesslich wird in lit. c auch der Anbieter des Produkts zum Inverkehrbringer gestempelt, also wer ein Produkt an einer Ausstellung oder Messe präsentiert oder dafür wirbt. Die Botschaft zum PrSG-Entwurf präzisiert auf Seite 28, dass Inserate oder Prospekte nur dann unter den Begriff des Anbietens fallen, wenn sie einen Bestellcoupon enthalten.

[Rz 41] Völlig systemwidrig erklärt Art. 3 Abs. 6 primär nur den Hersteller dafür verantwortlich, dass das Produkt beim Inverkehrbringen die Sicherheitsanforderungen erfüllt. Dem Importeur, Händler oder Erbringer von Dienstleistungen auferlegt das PrSG diese Pflichten ausdrücklich nur subsidiär. Diese Rangordnung gilt auch für den in Art. 5-7 geregelten Sicherheitsnachweis. Das Parlament wollte damit, entsprechend einem Antrag von Nationalrat Rime, die genannten drei Personen «abfedern». Doch die Vorschrift entpuppt sich als Papiertiger. Importeure, Händler oder Dienstleister kommen auch ohne eine solche Verantwortlichkeitskaskade erst dann in die Lage, etwas hinsichtlich der Produktsicherheit vorzukehren, wenn der Hersteller seinerseits den Sicherheitspflichten nicht oder nur lückenhaft nachgekommen ist und/oder wenn er keinen Konformitätsnachweis beibringt. Sie werden dann automatisch nur subsidiär aktiv, und es bräuchte dafür keine gesetzliche «Abfederung».

[Rz 42] In der an das Inverkehrbringen nahtlos anschliessenden Nachmarktphase ist von Subsidiarität ohnehin nicht mehr die Rede. Die Subsidiarität gilt ausdrücklich nur für die im 2. Abschnitt als «Voraussetzungen für das Inverkehrbringen» aufgestellten Pflichten hinsichtlich der Produktsicherheit. Falls sich das Vollzugsorgan bei seinen Kontrollen, ob die in Verkehr gebrachten Produkte sicher sind, wirklich an die Subsidiaritätskaskade halten müsste, wäre das absolut unvernünftig. Allfällige Massnahmen würden verzögert, wenn sich das Vollzugsorgan zuerst an den Hersteller wenden müsste. Auf jeden Fall könnte sich die Subsidiarität nicht auf dringende Fälle erstrecken. Bei gravierenden Sicherheitsdefiziten eines Produkts und einer unmittelbar drohenden grossen Gefahr, die nur durch sofortiges Einschreiten verhütet werden kann, hat die subsidiäre Verantwortung ausgespielt. Dann kann sich das Vollzugsorgan auf die polizeirechtliche Generalklausel berufen und gesetzwidrige Produkte aus dem Ladenregal, dem Lager des Importeurs oder aus Coiffeurläden, Kosmetiksalons und Fitnessclubs entfernen und sogar einen Rückruf anordnen oder selbst durchführen.

[Rz 43] Was mehr als ein Schönheitsfehler ist: Die mangelhafte Fassung der Subsidiaritätsbestimmung führt zumindest auf dem Papier zu einer Ungleichbehandlung der verschiedenen Inverkehrbringer. Alle jene Inverkehrbringer, die nicht zu den von Art. 3 Abs. 6 aufgezählten drei Privilegierten gehören, verbleiben hinsichtlich der Produktsicherheit nach wie vor, mit dem Hersteller gleichrangig, primär in der Pflicht. Es handelt sich um den Vermieter, Verleiher, Leasinggeber, Schenker, den Eigengebraucher und den Anbieter (siehe Rz 36).

8. Nachmarktregime

[Rz 44] Unter die Nachmarktpflichten, die unmittelbar an das Inverkehrbringen anschliessen, fallen nur Konsumentenprodukte (siehe Rz 25 & 26). Art. 8 Abs. 1 wiederholt deren Definition in Art. 3 Abs. 3 lit. c. Das hat zur Folge, dass die Beobachtungspflicht nicht für Produkte gilt, die ausschliesslich in Industrie und Gewerbe eingesetzt oder verbraucht werden (zur Ungleichbehandlung siehe Rz 8). Die Konsumentenprodukte müssen während der angegebenen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauchsdauer beobachtet werden und auftauchende Sicherheitsdefizite sind dem Vollzugsorgan zu melden.

[Rz 45] Das Gesetz auferlegt in Abs. 2 die Pflicht zur Produktbeobachtung in gleicher Dringlichkeit dem Hersteller und dem Importeur. Sie müssen angemessene Massnahmen treffen, um Gefahren zu erkennen, die vom Produkt bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbar Verwendung ausgehen können. Das bedeutet, dass sie sich beispielsweise durch Beobachtung der Medien und Fachliteratur danach umsehen müssen, ob nicht gleiche oder ähnliche Produkte bisher nicht erkannte Gefahren aufweisen. Sie haben dafür zu sorgen, dass ihre Produkte rückverfolgbar sind und sie

müssen sich so organisieren, dass sie in der Lage sind, allfällige Gefahren abzuwenden. Dazu müssen sie unter anderem über ein taugliches Rückrufkonzept verfügen. Die produktbezogenen Reklamationen dürfen nicht irgendwo im Unternehmen versickern. Hersteller und Importeure müssen diese mit der gebotenen Sorgfalt auswerten. Sie müssen nötigenfalls sogar bei den in Verkehr gebrachten Produkten Stichproben machen.

[Rz 46] Bei allen diesen Vorkehren muss ihnen der Händler, dem das Gesetz in Art. 8 Abs. 4 einen Beitrag an die Produktsicherheit abverlangt, an die Hand gehen. Mehr noch: Er muss Massnahmen ergreifen für eine wirksame Zusammenarbeit mit dem Hersteller, dem Importeur und dem Vollzugsorgan. Von subsidiärer Verantwortung des Händlers ist in der Nachmarktphase nicht mehr die Rede.

[Rz 47] Wenn der Hersteller und ein anderer Inverkehrbringer feststellt oder Grund zur Annahme hat, dass von seinem Produkt eine Gefahr für die Sicherheit oder Gesundhit der Verwender oder Dritter ausgeht, muss er das dem Vollzugsorgan unverzüglich melden. Es braucht Anhaltspunkte für eine Gefahr; eine blosse Vermutung genügt nicht.

[Rz 48] Art. 8 Abs. 5 PrSG regelt die Details der Informationspflicht: Angaben zur Produktidentifizierung; umfassende Gefahrenschilderung; Rückverfolgbarkeit upstream und downstream, ausgenommen die direkte Abgabe an die Verwender; Auskunft über bereits vom Inverkehrbringer ergriffene Gefahrenabwendungsmassnahmen wie Warnungen, Verkaufsstopp, Rücknahme und Rückruf. Das PrSG schreibt dem Inverkehrbringer das Ergreifen solcher Massnahmen nicht direkt vor, weil sie – wenn überhaupt – nicht in einem verwaltungsrechtlichen Erlass, sondern im OR anzusiedeln wären. Es gibt aber dem Vollzugsorgan die Kompetenz, diese Massnahmen anzuordnen oder nötigenfalls sogar selbst zu vollziehen.

[Rz 49] Die seit 1. Januar 2006 geltende Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV)[11] wildert hingegen im Zivilrecht. Sie verlangt in Art. 54, dass die «verantwortliche Person» das Produkt, das die Konsumenten bereits erreicht hat, zurückruft und die Konsumenten «effektiv und genau» über den Grund des Rückrufs informiert. Hingegen schreibt die LGV keine aktive Produktbeobachtung vor.

[Rz 50] Das Unternehmen steht unter Zeitdruck, um die «unverzügliche» Meldung an das Vollzugsorgan vorzunehmen, ohne dass es zuerst abklären kann, was mit dem Produkt überhaupt los ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Produktgefahr beim Inverkehrbringen bereits vorlag, jedoch pflichtwidrig nicht erkannt wurde, ob die Gefahr beim Inverkehrbringen nach dem damaligen Stand von Wissenschaft und Technik gar nicht erkannt werden konnte oder ob der Fehler dem Produkt erst im Nachhinein von einem Dritten zugefügt wurde. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn bei einem von der chemischen Fabrik ordnungsgemäss etikettierten aggressiven Abbeizmittel die vorgeschriebene Gefahrenwarnung im Nachhinein vom Grossisten durch ein aufgeklebtes Aktionsetikett überklebt würde oder wenn Allesreiniger aus dem Herstellerbetrieb vom Abfüller gesetzwidrig in Behälter ohne kindersicheren Verschluss verpackt wird. In diesem Fall gewährt das PrHG dem Hersteller einen Haftungsausschluss, ebenso, wenn der Fehler wegen des Standes von Wissenschaft und Technik nicht erkannt werden konnte. Das PrSG ist hingegen unerbittlich und auferlegt dem Inverkehrbringer die Meldepflicht mit allen ihren Konsequenzen, ohne Rücksicht darauf, ob ihm der Fehler überhaupt zugerechnet werden kann. Das Gleiche gilt, wenn ein Fehlgebrauch des Produkts manifest wird, mit dem der Inverkehrbringer auch nicht im Entferntesten hatte rechnen müssen, der also nicht «vernünftigerweise vorhersehbar» war im Sinne von Art. 3 Abs. 1 PrSG. Die Tragweite der Meldepflicht für das Image des Unternehmens und die hohen Kosten eines vom Vollzugsorgan nach der Fehlermeldung angeordneten Rückrufs machen deutlich, warum man in Deutschland auch von «Selbstanschwärzungspflicht» spricht.

[Rz 51] Die Produktbeobachtungspflicht besteht gemäss Art. 8 Abs. 2 PrSG während der angegebenen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauchsdauer eines Produkts. Für langlebige Produkte wie Möbel, Leitern und Arbeitsgerät ohne Endgebrauchsdatum kann das auf nahezu «ewig» hinauslaufen. Auch die Meldepflicht wäre zeitlich überhaupt nicht eingrenzbar, wenn man Art. 8 Abs. 5 zum Nennwert nehmen könnte. Er spricht im Unterschied zu Abs. 2 weder von einer angegebenen noch von einer vorhersehbaren Gebrauchsdauer. Doch handelt es sich offensichtlich um ein Versehen des Gesetzgebers und damit um eine echte Lücke, die nach dem Muster von Abs. 2 zu füllen ist.

[Rz 52] Der Vorentwurf hatte die Produktbeobachtungspflicht auf zehn Jahre seit dem Inverkehrbringen begrenzt. Die Ausdehnung auf die «vernünftigerweise vorhersehbare Gebrauchsdauer», ist völlig unverhältnismässig und den Unternehmen nicht zumutbar. Sie müssten jedes langlebige Produkt – vom Piercing über das Klappmesser, die Steckerbatterie und den Brandmelder, die Tischleuchte und die Haushaltmaschine bis zum Winkelschleifer, Rasenmäher, Velo und Landwirtschaftstraktor – mit einem Endgebrauchsdatum versehen, was völlig undenkbar ist. Entweder fehlt der Platz für ein solches Datum inklusive Textzusatz «verwendbar bis» in zwei Sprachen auf dem Produkt selbst oder das programmierte Lebensende eines Produkts scheitert an ökologischen und wirtschaftlichen Erwägungen.

[Rz 53] Mit der Zehnjahresfrist in der Produkthaftpflicht setzte sich der europäische Gerichtshof (EuGH)[12] ausführlich auseinander. Er sagte, wegen der allmählichen Abnützung von

[11] Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005, SR 817.02.

[12] Entscheid vom 2. Dezember 2009 (C-358/08).

Produkten und immer strengeren Sicherheitsnormen müsse die Herstellerhaftung zeitlich begrenzt sein. Der Hersteller müsse nach Ablauf der Zehnjahresfrist darauf vertrauen können, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Nur so könne der Hersteller die Risiken angemessen kalkulieren und gegebenenfalls auch versichern. Derartige Überlegungen spielten offenbar beim Erlass der RaPS keine Rolle. In den Gesprächen der Schweiz mit der EU betreffend die Teilnahme am RAPEX-System stellte die GD Sanco klar, dass die im Vorentwurf für das PrSG enthaltene zeitliche Begrenzung der Produktbebachtungs- und Meldepflicht auf zehn Jahre seit dem Inverkehrbringen nicht mit dem EU-Recht kompatibel sei. Als Begründung führte sie an, der Staat solle auch ein 15-jähriges Fahrzeug vom Markt nehmen können, wenn er Kenntnis von technischen Produktionsmängeln hat. Doch besteht diese verwaltungsrechtliche Befugnis des Vollzugsorgans unabhängig von der Beobachtungspflicht des Herstellers und des Importeurs. Sie hätte auch die ursprünglich vorgesehene, auf zehn Jahre befristete Meldepflicht überdauert. Die Argumentation der GD Sanco ist ohnehin nicht stichhaltig. Denn gegen die Beschränkung der Beobachtungspflicht auf die angegebene Gebrauchsdauer des Produkts in Art. 8 Abs. 2 hatte sie keine Einwendung erhoben.

9. Vollzugsmassnahmen und Strafen

[Rz 54] Aus Art. 9 PrSG geht hervor, dass das Vollzugsorgan die auf den Markt gebrachten Produkte überwacht. Es kann also im Unterschied zu den in Art. 24 des Lebensmittelgesetzes (LMG)[13] verankerten Betriebskontrollen nicht schon vor dem Inverkehrbringen eines Produkts tätig werden.

[Rz 55] Seine Kompetenzen erstrecken sich gemäss Art. 10 PrSG auf Produktkontrollen und Mustererhebung sowie auf diverse Massnahmen, sofern die Kontrolle ergibt, dass das Produkt den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen oder dem Stand des Wissens und der Technik nicht entspricht. Falls das Vollzugsorgan den Stand des Wissens herausfinden muss, könnte es allerdings überfordert sein. Es kann das weitere Inverkehrbringen des Produkts verbieten und seine Ausfuhr untersagen; es kann eine Gefahrenwarnung, die Rücknahme des Produkts aus den Vertriebskanälen und den Rückruf anordnen oder nötigenfalls sogar selbst vollziehen, das Produkt einziehen und vernichten oder unbrauchbar machen.

[Rz 56] Falls der Inverkehrbringer versäumt, wirksame Massnahmen zu ergreifen, warnt das Vollzugsorgan die Bevölkerung und veröffentlicht nicht nur die Gefahreninformation, sondern auch die getroffenen Massnahmen.

[Rz 57] Die Mitwirkungs- und Auskunftspflicht der Inverkehrbringer und weiterer betroffener Personen ist in PrSG Art. 11 verankert. Dazu gehören unter anderem die durch ein fehlerhaftes Produkt Geschädigten, die Zeugen eines Vorfalls oder Unfalls mit einem gefährlichen Produkt sowie die Besitzer von Produkten mit Sicherheitsdefizit, die bei einem Rückruf zur Aushändigung des Produkts verpflichtet werden können.

[Rz 58] Mit den in Art. 16 und 17 vorgesehenen Strafen werden die Verstösse gegen das PrSG mit Freiheitsstrafe, Geldstrafe oder Busse sanktioniert. Bestraft wird unter anderem, wer ein Produkt in Verkehr bringt, das den in Art. 3 Abs. 1 und 2 definierten Sicherheitsanforderungen nicht genügt und deswegen die Sicherheit oder Gesundheit der Verwender oder Dritter gefährdet, ebenso wer ein Produkt in Verkehr bringt, dessen Darbietung den in Art. 3 Abs. 4 aufgestellten Anforderungen nicht genügt. Es ist höchst fraglich, ob das schwammige, in Art. 3 Abs. 2 verwendete Sicherheitskriterium «Stand des Wissens und der Technik» eine hinreichende Grundlage für eine Bestrafung bildet. Gemäss Art. 18 kann der durch eine strafbare Handlung unrechtmässig erzielte Vermögensvorteil eingezogen werden.

10. Übergangsbestimmungen

[Rz 59] Produkte, welche den Anforderungen des PrSG nicht entsprechen, dürfen gemäss Art. 21 Abs. 1 PrSG nur noch bis 31. Dezember 2011 in Verkehr gebracht werden. Bis zum gleichen Datum müssen gemäss Abs. 2 die Hersteller, Importeure und Händler die Voraussetzungen zur Umsetzung von Art. 8 PrSG schaffen. Das bedeutet, dass sie sich entsprechend organisieren müssen, um die Produktbeobachtung, die Gefahrenabwendung und die Gefahrenmeldung an das Vollzugsorgan vornehmen zu können. Auch alle übrigen Inverkehrbringer werden in Art. 8 Abs. 5 von der Gefahrenmeldepflicht erfasst, sind aber nicht in Art. 21 Abs. 2 erwähnt. Für sie gilt die Übergangsfrist nicht. Theoretisch müssten sie also bereits beim Inkrafttreten des Gesetzes meldebereit sein und sich unernehmensintern für die Erfüllung der Meldepflicht organisiert haben.

11. Kritische Schlussbemerkungen

[Rz 60] Das PrSG räumt nicht auf mit dem Wirrwarr von 19 Produktsicherheitsgesetzen und 99 darauf basierenden Verordnungen. Die Anwendbarkeit des PrSG beziehungsweise des sektoriellen Erlasses muss jeweils anhand des Zieles, das der Letztere verfolgt, abgeklärt werden.

[Rz 61] Nur bis und mit dem Inverkehrbringen gilt das PrSG sowohl für Konsumentenprodukte wie auch für Erzeugnisse, die in Industrie und Gewerbe – von der Einmann-Anwaltskanzlei bis zum industriellen Grossbetrieb – verwendet werden. In der Nachmarktphase lässt das PrSG seinen Schutz durch Produktbeobachtungs- und Meldepflichten ausschliesslich den Konsumenten zukommen und nicht mehr den Personen, die ein Produkt zu einem gewerblichen oder

[13] Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG) vom 9. Oktober 1992 SR 817.0.

beruflichen Zweck erworben haben (Verstoss gegen das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot).

[Rz 62] Der Inverkehrbringer muss die zahlreichen Elemente der Produktsicherheit aus verschiedenen Artikeln zusammenklauben und ständig zwischen den Art. 3, 4, 5 und 6 hin- und herpendeln, um herauszufinden, ob sein Produkt sicher genug ist und was er alles nachweisen muss. Gegebenenfalls muss er nachweisen, dass sein Produkt dem Stand des Wissens und der Technik entspricht. Das weltweit herumgeisternde, im Unterschied zur «Wissenschaft» nicht erhärtete blosse Wissen ist eine Phantasmagorie und kann unmöglich der Massstab für den Nachweis der Produktsicherheit sein. Obgleich der Stand des Wissens und der Technik nicht justiziabel ist, wird bestraft, wer ein Produkt in Verkehr bringt, dessen Sicherheit nicht diesem Stand entspricht.

[Rz 63] Die für die Produktsicherheit Verantwortlichen müssen nahezu hellseherische Fähigkeiten besitzen. Zwar ist ihnen noch zumutbar, sich gemäss Art. 3 Abs. 1 neben der normalen auch die «vernünftigerweise vorhersehbare» Verwendung des Produkts auszumalen. Ein auch bei vernünftiger Überlegung wirklich nicht voraussehbarer abwegiger Fehlgebrauch des Produkts fällt ja nicht darunter. Doch dürften viele Unternehmer, die dauerhafte Güter herstellen oder vermarkten, überfordert sein, wenn sie die «voraussichtliche» oder die «vernünftigerweise vorhersehbare Gebrauchsdauer» ihres Produkts abschätzen müssen. Doch genau das verlangen von ihnen die Art. 3 Abs. 3 lt. a und 8 Abs. 2. Während der voraussichtlichen Gebrauchsdauer muss das Produkt sicher sein und während dieser Zeit müssen die Hersteller und Importeure das Produkt unter Mithilfe der Händler im Auge behalten und ebenso lange müssen alle Inverkehrbringer auftauchende Fehler dem Vollzugsorgan melden. Ebenso schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist es, zuverlässig abzuschätzen, ob ein für die ausschliessliche Verwendung durch Fachleute bestimmtes Produkt unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen in die Hände von Konsumenten gelangen könnte.

[Rz 64] Die von Art. 3 Abs. 6 aufgestellte Verantwortungskaskade ist blosse Augenwischerei. Nach dem Wortlaut müsste man glauben, es sei nur ein einziger Inverkehrbringer primär verantwortlich für die Produktsicherheit, nämlich der Hersteller inklusive der drei ihm in Art. 2 Abs. 4 gleichgestellten Personen. Das trifft aber nicht zu. Denn weil Art. 3 Abs. 6 nur den Importeur, Händler und Erbringer von Dienstleistungen als subsidiär Verantwortliche aufzählt, lässt er die übrigen Inverkehrbringer ausser Acht. Diese verbleiben in der primären Verantwortung. Das PrSG verweigert dem Vermieter, Leasinggeber, Verleiher, Schenker, Eigengebraucher und Anbieter die «Wohltat» der nur subsidiären Verantwortung.

[Rz 65] Überdies ist der Ausdruck «subsidiär» nichts anderes ein Euphemismus. Denn logischerweise kommen ausser dem Hersteller alle übrigen Inverkehrbringer erst dann in die Lage, an der Produktsicherheit herumwerkeln, wenn der Hersteller seine Pflicht versäumt hat. Die Subsidiarität hat folgende Schwächen: Erstens behindert sie die rasche Durchsetzung eines Gesetzes, das ein von der Gesellschaft hoch bewertetes Gut – Sicherheit und Gesundheit von Menschen – schützt. Zweitens werden durch Art. 3 Abs. 6 nicht alle Inverkehrbringer gleich behandelt, was gegen Art. 8 BV verstösst. Drittens wird die subsidiäre Verantwortung in einer Notsituation ohnehin von der polizeirechtlichen Generalklausel unterlaufen.

[Rz 66] Das PrSG und die PrSV verwenden unterschiedliche Vertreterbegriffe. Das PrSG spricht von der Person, die als Vertreterin des Herstellers auftritt, wenn dieser seinen Sitz nicht im Inland hat. Das kann auch ein blosser De-facto-Vertreter sein, also jemand, der sich als Vertreter aufführt. Der Entwurf für die PrSV nennt hingegen den in der Schweiz niedergelassenen Vertreter des Herstellers, was auf den De-iure-Vertreter zugeschnitten ist.

[Rz 67] Die Akteure erfahren die Tragweite der ihnen vom Gesetz zugeteilten Funktionen beim Inverkehrbringen und in der Nachmarktphase nur dann, wenn sie sich intensiv mit Art. 1 Abs. 4, Art. 2 Abs. 3 und 4, Art. 3 Abs. 6, Art, 8 Abs. 4 und 5 und mit Art. 21 Abs. 2 befassen. Insbesondere die Vermieter, Leasinggeber, Verleiher, Schenker, Eigengebraucher und Anbieter dürften sich ihrer Verantwortlichkeit bei der Gesetzeslektüre gar nicht bewusst werden.

[Rz 68] Das PrSG mutet dem Importeur einen Rollenwechsel zu. Beim Inverkehrbringen ist er nur subsidiär für die Produktsicherheit verantwortlich. Doch anschliessend muss er sich mit dem Hersteller in die Hauptverantwortung für die Produktbeobachtung teilen.

[Rz 69] Die unverzügliche Meldung eines auftauchenden Produktfehlers an das Vollzugsorgan muss auch dann erfolgen, wenn der Inverkehrbringer für den Produktfehler in keiner Weise verantwortlich ist und er in solchen Fällen von der Produkthaftpflicht entlastet wäre. Die Meldung kann beachtliche finanzielle Konsequenzen haben, falls das Vollzugsorgan einen Rückruf anordnet oder ihn sogar selbst vornimmt.

[Rz 70] Die auf Verlangen der GD Sanco erfolgte Streichung der ursprünglichen zehnjährigen Befristung der Produktbeobachtungspflicht widerspricht der durch schlüssige Argumente fundierten Bekräftigung der zehnjährigen Verjährungsfrist in der Produkthaftpflicht durch den EuGH vom 2. Dezember 2009.

[Rz 71] In der Produktsicherheitsgesetzgebung sind Beobachtungs- und Rückrufpflichten uneinheitlich geregelt. Die LGV enthält eine Rückrufpflicht, jedoch keine Beobachtungspflicht. Das PrSG schreibt die Produktbeobachtung vor, nicht aber den Rückruf. Das kann vor allem bei den Importeuren und Händlern mit breiter Produktpalette, auf welche teilweise das PrSG und teilweise die LGV Anwendung finden, sowie beim Vollzug zu Verwirrung führen.

RA Dr. iur. Eugénie Holliger-Hagmann ist Wirtschaftsjournalistin, Fachbuchautorin und Dozentin für Produkthaftpflicht/ Produkt- und Dienstleistungssicherheit.

Der Beitrag ist die erweiterte Fassung eines Referats an einem Seminar des Europa Instituts der Universität Zürich vom 26. März 2010.

* * *

{T 0/2}

2C_13/2013

Urteil vom 5. September 2013

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler, Donzallaz,
Stadelmann, Kneubühler,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
X._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Robert G. Briner,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerischer Verein für technische Inspektionen, Richtistrasse 15, Postfach, 8304 Wallisellen.

Gegenstand
Fehlerhafte Feuerlöscher "A._____",

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung III, vom 18. September 2012.

Sachverhalt:

A.
Die X._____ AG bezweckt gemäss Handelsregisterauszug den Import von Feuerlöschern und die Durchführung der damit verbundenen Servicearbeiten. Aufgrund einer Rapex-Verbraucherwarnung aus Polen wurde die Marktkontrolle des Schweizerischen Vereins für technische Inspektionen (im Folgenden: SVTI) am 29. Januar 2009 vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) auf möglicherweise fehlerhafte Feuerlöscher mit der Beschriftung "A._____" aufmerksam gemacht. Der SVTI führte Stichproben- und Konformitätskontrollen bei "A._____"-Feuerlöschern durch und stellte folgende Mängel fest:

- Fehlende Konformitätserklärung bei sämtlichen Produkten,
- Fehlende Angaben zum Herstellungsdatum auf den Geräten.

Am 3. Februar 2009 informierte der SVTI die X._____ AG. Diese bestätigte den in Polen festgestellten Produktmangel, wonach bei "A._____"-Feuerlöschern mit Herstellungszeitraum zwischen Januar 2007 und Oktober 2008 möglicherweise ein Defekt verhindere, dass der Löscher bei Gebrauch funktioniere. Am 4. Februar 2009 reichte die

X._____ AG eine Konformitätserklärung der Y._____ GmbH und am 5. Februar 2009 eine Konformitätserklärung der A._____-Brandschutz GmbH ein. Sie veröffentlichte sodann eine Produktwarnung.
Mit E-Mail vom 24. Februar 2009 teilte der SVTI der X._____ AG mit, dass die Produktwarnung nicht genügend sei, da auf den Feuerlöschern ein Herstellungsdatum fehle und dadurch ein Käufer nicht erkennen könne, ob sein Feuerlöscher von der Produktwarnung betroffen sei. Am 4. März 2009 orientierte die X._____ AG die Marktkontrolle über die veröffentlichte Produktwarnung und bestätigte, dass alle an die B._____ gelieferten "A._____"-Feuerlöscher ausgetauscht würden. Die C._____- und D._____-Lieferung vom Dezember 2008 seien nicht betroffen.

B.
Am 26. März 2009 erliess der SVTI folgende Verfügung:

"4.1 Die X._____ AG wird verpflichtet, erneut eine Produktwarnung zu veröffentlichen, welche alle "A._____"-Feuerlöscher der Baureihe S._____ ab Verkaufsdatum Januar 2007 betrifft. Die Produktwarnung muss alle drei Landesteile und Sprachen umfassen.
4.2 Die X._____ AG wird verpflichtet, die "A._____"-Feuerlöscher eingehend auf ihre Funktionsfähigkeit überprüfen zu lassen und das Datum der Kontrolle auf den Geräten anzubringen.
4.3 Die X._____ AG wird verpflichtet, der Marktkontrolle innerhalb von 30 Tagen eine Liste aller Zwischenhändler mit der Anzahl der in Verkehr gebrachten Geräte seit Januar 2007 zu übergeben.
4.4 Die X._____ AG wird verpflichtet, die Kontrollen zu dokumentieren und der Marktkontrolle monatlich Bericht zu erstatten.
4.5 Die X._____ AG wird verpflichtet, der Marktkontrolle den tatsächlichen Hersteller der "A._____"-Feuerlöscher mitzuteilen.
4.6. Die X._____ AG wird verpflichtet, die unter Ziff. 4.1 bis 4.6 aufgeführten Anordnungen zu befolgen, unter Androhung von Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfalle.
4.7 Der X._____ AG wird eine Gebühr in Höhe von Fr. 850.- auferlegt. Die Bezahlung hat binnen 30 Tagen zu erfolgen."

C.
Gegen diese Verfügung erhob die X._____ AG am 11. Mai 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die angefochtene Verfügung aufzuheben. Mit Urteil vom 18. September 2012 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

D.
Die X._____ AG erhebt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, in Aufhebung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts die Verfügung vom 26. März 2009 aufzuheben, eventuell die Sache an den SVTI zurückzuweisen.
Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf Vernehmlassung. Der SVTI und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beantragen Abweisung der Beschwerde.

E.
Mit Verfügung des Präsidenten der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 30. Januar 2013 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Erwägungen:

1.
Am 1. Juli 2010 ist das Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG; SR 930.11) in Kraft getreten und damit das Bundesgesetz vom 19. März 1976 über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG; AS 1977 2370) aufgehoben worden. Nach Art. 21 Abs. 1 PrSG dürfen Produkte, welche die Anforderungen nach bisherigem Recht, jedoch nicht die Anforderungen nach neuem Recht erfüllen, noch bis zum 31. Dezember 2011 in Verkehr gebracht werden. Mit Recht hat die Vorinstanz auf den vorliegenden Sachverhalt noch das STEG (in seiner Fassung mit den Änderungen vom 18. Juni 1993 [AS 1995 2766] und vom 17. Juni 2005 [AS 2006 2197, 2273]) angewendet.

2.

2.1. Nach Art. 3 STEG dürfen technische Einrichtungen und Geräte nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei ihrer bestimmungsgemässen und sorgfältigen Verwendung Leben und Gesundheit der Benützer und Dritter nicht gefährden. Sie müssen den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Artikel 4 entsprechen oder, wenn keine solche Anforderungen festgelegt worden sind, nach den anerkannten Regeln der Technik hergestellt worden sein. Nach Art. 4 STEG legt der Bundesrat die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen fest; er berücksichtigt dabei das entsprechende internationale Recht. Wer eine technische Einrichtung oder ein Gerät in Verkehr bringt, muss nachweisen können, dass die Einrichtung oder das Gerät den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen entspricht (Art. 4b Abs. 1 STEG). Gestützt darauf hat der Bundesrat die Verordnung vom 20. November 2002 über die Sicherheit von Druckgeräten (Druckgeräteverordnung, SR 819.121) erlassen, welche nach ihrem Art. 1 Abs. 1 lit. g auch für tragbare Feuerlöscher gilt. Druckgeräte und Baugruppen dürfen nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei angemessener Installierung und Wartung sowie bestimmungsgemässem Betrieb die Sicherheit von Personen und Sachen sowie die Gesundheit von Personen nicht gefährden (Art. 5 Abs. 1 Druckgeräteverordnung). Bestimmte Druckgeräte und Baugruppen, worunter auch Feuerlöscher gehören, dürfen gemäss Art. 5 Abs. 2 Druckgeräteverordnung nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie die grundlegenden Sicherheitsanforderungen nach Anhang 1 erfüllen. Nach Anhang 1 Ziff. 3.3.1.b muss bei der Etikettierung und Kennzeichnung u.a. das Herstellungsjahr angegeben werden. Die erforderlichen Angaben sind auf dem Druckgerät oder auf einem an ihm fest angebrachten Typenschild zu machen (Ziff. 3.3.4).

2.2. Der Vollzug des Gesetzes obliegt, unter dem Vorbehalt der Zuständigkeit des Bundes, den Kantonen und den ermächtigten Fachorganisationen und Institutionen (Art. 6 STEG), die vom Departement bezeichnet werden (Art. 11 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 der Verordnung vom 12. Juni 1995 über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten [STEV; AS 1995 2770; in der Fassung vom 27. März 2002, AS 2002 853]). Das Departement hat für Druckbehälter und Druckgeräte den SVTI damit beauftragt (Art. 3 Abs. 1 sowie Anhang lit. d der Verordnung des EVD vom 23. August 2005 über die Zuständigkeiten im Vollzug der Gesetzgebung über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten und über dessen Finanzierung [Zuständigkeitenverordnung-STEG; AS 2005 4257]). Die Beauftragten der Vollzugs- und Aufsichtsorgane können technische Einrichtungen und Geräte, die sich im Verkehr befinden, kontrollieren und nötigenfalls Muster erheben (Art. 10 Abs. 1 STEG). Die Vollzugsorgane können im nachträglichen Kontrollverfahren anordnen, dass technische Einrichtungen und Geräte, die den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen oder den anerkannten Regeln der Technik nicht genügen, nicht mehr in Verkehr gebracht

werden. In Fällen schwerwiegender Gefährdung können sie deren Beschlagnahme oder Einziehung verfügen (Art. 11 Abs. 2 STEG). Entspricht eine technische Einrichtung oder ein technisches Gerät den Vorschriften dieser Verordnung nicht, so informiert das Kontrollorgan den Inverkehrbringer über das Ergebnis der Kontrolle und gibt ihm Gelegenheit zur Stellungnahme. Hierauf ordnet es gegebenenfalls die nötigen Massnahmen mit einer Verfügung an und räumt für deren Befolgung eine angemessene Frist ein. Es kann insbesondere das weitere Inverkehrbringen verbieten, den Rückruf, die Beschlagnahme oder die Einziehung verfügen sowie die von ihm getroffenen Massnahmen veröffentlichen (Art. 13a Abs. 1 STEV [in der Fassung vom 27. März 2002, AS 2002 853]).

3.

3.1. Vorinstanz und SVTI erblicken eine Mangelhaftigkeit der Feuerlöscher in zweierlei Hinsicht: Einerseits sei das Herstellungsjahr vorschriftswidrig auf dem Feuerlöscher nicht angebracht. Andererseits funktionierten die fehlerhaften Feuerlöscher nicht.

3.2. Wäre die fehlende Angabe des Herstellungsjahrs ein rein formeller Mangel ohne Sicherheitsrelevanz, so wäre es offensichtlich unverhältnismässig, deswegen eine Produktwarnung mit Rückrufaktion vorzuschreiben. Vorinstanz und SVTI erblicken aber einen Zusammenhang zwischen der fehlenden Angabe und der Sicherheit insofern, als sich die von der Beschwerdeführerin veröffentlichte Produktewarnung auf Feuerlöscher mit Herstellungszeitraum zwischen Januar 2007 und Oktober 2008 bezogen habe. Infolge der fehlenden Angabe auf den Geräten sei nicht ersichtlich, ob ein Gerät von der Warnung betroffen sei. Deshalb müsse die Warnung wiederholt und auf alle ab Januar 2007 gekauften Geräte bezogen werden.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass ein Teil der betroffenen Geräte (nach ihren Angaben ca. 1 %) nicht funktionieren. Sie macht jedoch geltend, der Mangel betreffe nicht die Sicherheit, sondern bloss die Funktionsfähigkeit des Feuerlöschers, worauf sich aber das STEG nicht beziehe.

4.2. Nach Art. 3 STEG dürfen technische Einrichtungen und Geräte nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie Leben und Gesundheit der Benützer und Dritter nicht gefährden. Das Pronomen "sie" bezieht sich grammatikalisch klar auf die Einrichtungen und Geräte; *diese* müssen die Gefährdung verursachen. Dasselbe gilt für die analoge Regelung von Art. 5 Abs. 1 Druckgeräteverordnung. Die einzelnen Sicherheitsvorschriften in der Druckgeräteverordnung sind denn auch offensichtlich darauf zugeschnitten, zu verhindern, dass die in den Druckgeräten befindlichen Fluide explodieren, sich entzünden oder entweichen. Im Grundsatz ist somit der Beschwerdeführerin zuzustimmen: Thema des Produktsicherheitsrechts ist nicht die Funktionsfähigkeit eines Geräts, sondern dessen Sicherheit; wird eine Gefährdung nicht durch das Gerät selber, sondern durch Drittursachen geschaffen, ist dies nicht ein Thema des Produktsicherheitsrechts. In casu wird von keiner Seite geltend gemacht, dass die fraglichen Feuerlöscher als solche eine Gefährdung darstellen, indem sie z.B. explodieren oder bersten und *dadurch* Personen gefährden könnten. Die von den Vorinstanzen anvisierte Gefährdung ergibt sich vielmehr daraus, dass die Feuerlöscher unter Umständen einen drittursächlichen Brand nicht löschen können, was eine Frage der Funktionstauglichkeit ist.

4.3. Der SVTI und das WBF sind allerdings der Ansicht, dass bei Produkten, die zur Abwehr externer Gefahren bestimmt sind, auch die fehlende Funktionstauglichkeit einen Sicherheitsmangel im Sinne des STEG darstellt.

4.4. Die Frage stellt sich analog im Rahmen des Produktehaftpflichtrechts: Dieses bezieht sich auf Schäden, die durch ein "fehlerhaftes Produkt" verursacht worden sind (Art. 1 Abs. 1 des Produktehaftpflichtgesetzes [PrHG; SR 221.112.944]). Ein Produkt ist fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist (Art. 4 Abs. 1 PrHG). Nach Lehre und Rechtsprechung bezieht sich die Sicherheit des PrHG nur auf die Sicherheit des Produkts selber, nicht auf seine Gebrauchstauglichkeit (BGE 137 III 226 E. 3.2 S. 232; Theodor Bühler/Christa Tobler, Produktsicherheit in der EU und in der Schweiz, 2011, S. 298 f.; Hans-Joachim Hess, Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz, 2. A. 1996, Rz. 6 zu Art. 4; Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A. 2008, S. 274 Rz. 1201 und 1202a; Hansjörg Seiler, Produktefehler, in: Münch/Geiser [Hrsg.], Schaden - Haftung - Versicherung, 1999, S. 938 f. Rz. 19.4 und 19.6 Ingress); diese sind nicht Thema der Produktehaftung, sondern der Sachmängelgewährleistung. In der Praxis gibt es freilich Produkte, bei denen Sicherheit und Gebrauchstauglichkeit eng zusammenhängen, nämlich dort, wo der Gebrauchswert des Produkts gerade in der Abwehr von Schäden liegt. In der Rechtsprechung ist dafür der Steiggurtfall (BGE 64 II 254) typisch: Der mangelhaft hergestellte oder reparierte Steiggurt erfüllt seine zweckbestimmende Schutzfunktion nicht und verursacht damit zugleich für seinen Benützer eine Gefahr. Die herrschende Lehre nimmt daher an, dass in solchen Fällen ein Funktionsmangel zugleich ein Fehler (d.h. Sicherheitsmangel) ist, sofern es die Konsumenten aufgrund der vom Hersteller erweckten Erwartungen unterlassen, ein anderes, wirkungsvolles Produkt einzusetzen (Andreas E. Borsari, Schadensabwälzung nach dem schweizerischen Produktehaftpflichtgesetz [PrHG], 1998, S. 155 ff.; Walter Fellmann/Gabriella von Büren-von Moos, Grundriss der Produktehaftpflicht, 1993, S. 103 f.; Walter Fellmann/Andrea Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2012, S. 393 f.; Hess, a.a.O., Rz. 92 zu Art. 4; Luca Maranta, Die Produkthaftung nach PrHG im Vergleich zu konkurrierenden Anspruchsgrundlagen, ius.full 2006, S. 242 ff., 244; Thomas Röthlisberger, Zivilrechtliche Produktbeobachtungs-, Warn- und Rückrufpflichten der Hersteller, 2003, S. 45 f.). In der Lehre werden in diesem Zusammenhang namentlich Feuerlöscher genannt (Rey, a.a.O., S. 274 Rz. 1202a; Seiler, a.a.O., S. 948 Rz. 19.23).

4.5. Produktesicherheits- und Produktehaftpflichtrecht benützen teilweise analoge Begriffe und stellen grundsätzlich auf das gleiche Sicherheitsniveau ab (vgl. Botschaft vom 25. Juni 2008 zum Produktesicherheitsgesetz, BBl 2008 7407, 7427 ff., 7436; Theodor Bühler, Die Produktsicherheit als Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung, 2012, S. 12; Eugénie Holliger-Hagmann, Produktsicherheitsgesetz mit Achillesferse, jusletter 8. Mai 2006, Rz. 7). Es rechtfertigt sich daher, die Überlegungen zum Produktehaftpflichtgesetz analog auch auf das Produktsicherheitsrecht anzuwenden (ebenso Thomas Wilrich, Das neue Produktsicherheitsgesetz [ProdSG], 2012, Rz. 297 ff., insbes. 297).

4.6. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass bei einem Feuerlöscher ein Funktionsmangel auch ein Sicherheitsmangel im Sinne des STEG ist. Damit war der SVTI berechtigt, auch solche Mängel zu kontrollieren und gegebenenfalls beheben zu lassen.

5.

5.1. Im Eventualstandpunkt macht die Beschwerdeführerin geltend, die angeordnete Rückrufaktion sei unverhältnismässig. Wenn schon der erste Rückruf gemäss Auffassung des SVTI nutzlos gewesen sei, so würde das auch für den zweiten Rückruf zutreffen.

5.2. Dieser Auffassung kann nicht ohne weiteres gefolgt werden: Die erste, von der Beschwerdeführerin durchgeführte Produktwarnung bezog sich auf die Feuerlöscher mit Produktionsdatum zwischen Januar 2007 und Oktober 2008. Sie wird vom SVTI deswegen als ungenügend beurteilt, weil auf den in der Schweiz in Verkehr gebrachten Feuerlöschern das Herstellungsdatum nicht sichtbar sei, so dass für die Besitzer nicht erkenntlich sei, ob ihr Gerät vom Rückruf betroffen sei oder nicht. Die zweite, hier streitige Warnung unterscheidet sich von der ersten dadurch, dass sie sich auf alle ab Januar 2007 verkauften Geräte bezieht. Auch Besitzer, die auf dem Gerät das Herstellungsdatum nicht ersehen, mögen sich vielleicht noch an das ungefähre Kaufdatum erinnern und sich deshalb von der zweiten Warnung angesprochen fühlen, auch wenn sie die erste nicht befolgten. Die Produktwarnung kann also nicht als nutzlos betrachtet werden.

5.3. Fraglich ist indes, inwieweit ein Rückruf überhaupt erforderlich ist: Nach allgemeiner Lebenserfahrung werden sicherheitsbewusste Konsumenten im Zweifelsfall bereits den ersten Rückruf befolgt haben, wenn sie das Herstellungsdatum nicht kannten. Weniger sicherheitsbewusste Konsumenten werden hingegen auch den zweiten Rückruf kaum befolgen.

5.4. Die Beschwerdeführerin macht insbesondere als Novum geltend, dass der Rückruf infolge des seitherigen Zeitablaufs unverhältnismässig geworden sei: Da die Feuerlöscher alle drei Jahre zur Revision gebracht werden müssten, seien inzwischen ohnehin alle Geräte funktionsüberprüft worden.

5.4.1. Nach Art. 99 Abs. 1 BGG dürfen neue Tatsachen und Beweismittel vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt. Der blosse Zeitablauf ist kein Novum in diesem Sinne (BGE 138 II 169 E. 3.2 S. 171). Nicht unter das Novenverbot fallen sodann allgemein- und gerichtsnotorische Tatsachen (Urteile 2C_25/2011 / 2C_58/2011 vom 3. Juli 2012 E. 2.1, nicht publiziert in: BGE 138 II 465; 8C_922/2010 vom 22. August 2011 E. 3.1). Das Bundesverwaltungsgericht hat demgegenüber aufgrund seiner unbeschränkten Sachverhaltskontrolle (Art. 49 lit. b VwVG) grundsätzlich auf den im Zeitpunkt seines Entscheids massgebenden Sachverhalt abzustellen und demzufolge im Rahmen des Streitgegenstands auch echte Noven zu berücksichtigen (BGE 136 II 165 E. 4 S. 173 f.; Urteil 2C_367/2012 vom 20. November 2012 E. 3.5.1; Hansjörg Seiler, in: Waldmann/Weissenberg [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, 2009, Rz. 19 zu Art. 54; Zibung/Hofstetter, in: Waldmann/Weissenberg [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2009, Rz. 36 zu Art. 49; Schindler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2008, Rz. 30 zu Art. 49).

5.4.2. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist dem Zeitablauf Rechnung zu tragen; eine Anordnung, die ursprünglich verhältnismässig ist, kann im Laufe der Zeit unverhältnismässig werden (vgl. Urteile 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.3; 2A.253/2004 vom 27. August 2004 E. 3.3). Das kann auch dann eintreten, wenn der Zeitablauf auf eine übermässige Verfahrensdauer zurückzuführen ist (Urteil 1C_65/2007 vom 11. September 2007 E. 4.1).

5.4.3. Infolge der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 55 Abs. 1 VwVG) musste während der Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens die

Produktwarnung noch nicht erfolgen. Im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils waren seit der Herstellung der beanstandeten Geräte vier bis fünf Jahre vergangen. Die Beschwerdeführerin macht mit Recht geltend, dass nach so langer Dauer eine Produktwarnung mit Rückruf keinen Sinn mehr macht: Gerichtsnotorisch bedürfen Feuerlöscher einer periodischen Revision, damit ihre Funktionstauglichkeit gewährleistet bleibt. Sicherheitsbewusste Besitzer werden ihre in den Jahren 2007 und 2008 gekauften Feuerlöscher inzwischen bereits zur Revision gebracht haben; dabei wäre ein Funktionsmangel entdeckt worden. Besitzer, die nicht derart sicherheitsbewusst sind, dass sie ihre Feuerlöscher periodisch revidieren lassen, werden mit hoher Wahrscheinlichkeit auch auf eine erneute Warnung nicht reagieren. Zudem können sie ohnehin nicht den Anspruch erheben, weiterhin einen funktionstauglichen Feuerlöscher zu besitzen.

5.4.4. Grundsätzlich soll ein an sich rechtmässiger Verwaltungsakt nicht infolge blosser Verfahrensdauer vor einer Rechtsmittelinstanz unrechtmässig werden, würde dies doch Anreize schaffen, durch Erhebung auch unbegründeter Rechtsmittel an sich berechtigte Anordnungen zu unterlaufen. Vorliegend kann aber der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden, bloss zwecks Zeitgewinn ein Rechtsmittel erhoben zu haben. Sodann war die Dauer des Verfahrens vor der Vorinstanz aussergewöhnlich lange. Unter diesen Umständen ist im vorliegenden Fall die angeordnete Produktwarnung, auch wenn sie im Jahre 2009 wohl noch verhältnismässig gewesen wäre, inzwischen unverhältnismässig geworden. Das betrifft auch die weiteren Punkte der Verfügung, da diese im Konnex mit der angeordneten Produktwarnung stehen.

6.
Die Beschwerde erweist sich damit im Sinne der Erwägungen als begründet. Da die Anordnung ursprünglich rechtmässig war und bloss infolge der Verfahrensdauer vor der Vorinstanz unzulässig wurde, rechtfertigt es sich, keine Kosten zu erheben, aber der Beschwerdeführerin auch keine Parteientschädigung zuzusprechen; aus dem gleichen Grund ist auf eine Neuregelung der vorinstanzlichen Kosten zu verzichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen. Ziff. 1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. September 2012 sowie die Verfügung des SVTI vom 26. März 2009 werden aufgehoben.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung III, und dem Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. September 2013

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Errass

Strassenverkehrsgesetz
(SVG)[1]

vom 19. Dezember 1958 (Stand am 1. Januar 2015)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

gestützt auf die Artikel 82 Absätze 1 und 2, 110 Absatz 1 Buchstabe a, 122 Absatz 1 und 123 Absatz 1 der Bundesverfassung[2],[3]
nach Einsicht in eine Botschaft des Bundesrates vom 24. Juni 1955[4],

beschliesst:

I. Titel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1

Geltungsbereich

[1] Dieses Gesetz ordnet den Verkehr auf den öffentlichen Strassen sowie die Haftung und die Versicherung für Schäden, die durch Motorfahrzeuge, Fahrräder oder fahrzeugähnliche Geräte verursacht werden.[5]

[2] Die Verkehrsregeln (Art. 26–57*a*) gelten für die Führer von Motorfahrzeugen und die Radfahrer auf allen dem öffentlichen Verkehr dienenden Strassen; für die übrigen Strassenbenützer nur auf den für Motorfahrzeuge oder Fahrräder ganz oder beschränkt offenen Strassen.[6]

[3] Für das Inverkehrbringen von Motorfahrzeugen, Fahrrädern und Anhängern sowie von deren Bestandteilen gilt, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, das Bundesgesetz vom 12. Juni 2009[7] über die Produktesicherheit.[8]

AS **1959** 679

1 Tit. gemäss Ziff. I des BG vom 6. Okt. 1989, in Kraft seit 1. Febr. 1991 (AS **1991** 71; BBl **1986** III 209).
2 SR **101**
3 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Jan. 2013 (AS **2012** 6291; BBl **2010** 8447).
4 BBl **1955** II 1
5 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 1. Okt. 2010, in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 4925; BBl **2010** 4137 4149).
6 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Jan. 2013 (AS **2012** 6291; BBl **2010** 8447).
7 SR **930.11**
8 Eingefügt durch Art. 20 Abs. 2 Ziff. 2 des BG vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (AS **2010** 2573; BBl **2008** 7407). Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Jan. 2013 (AS **2012** 6291; BBl **2010** 8447).

8 Gegen Entgelt kann der Bund die Bereitstellung und die Verbreitung der Verkehrsinformationen für die Kantone übernehmen.

Art. 57*d*[126]

Verkehrsmanagement durch die Kantone

1 Die Kantone erstellen Verkehrsmanagementpläne für vom Bundesrat bezeichnete Strassen, die für das Verkehrsmanagement der Nationalstrassen von Bedeutung sind. Diese Pläne sind vom Bund zu genehmigen.

2 Die Kantone informieren die Strassenbenützer über Verkehrslagen, Verkehrsbeschränkungen und Strassenverhältnisse auf den anderen Strassen auf ihrem Kantonsgebiet. Sie orientieren den Bund, andere Kantone und die Nachbarstaaten, soweit es die Sachlage erfordert.

3 Die Kantone können die Informationsaufgabe der Verkehrsmanagementzentrale oder Dritten übertragen.

4 Der Bund unterstützt die Kantone durch fachliche Beratung und bei der Koordinierung von Verkehrsinformationen, die über die kantonalen oder nationalen Grenzen hinaus von Interesse sind.

IV. Titel: Haftpflicht und Versicherung

1. Abschnitt: Haftpflicht

Art. 58

Haftpflicht des Motorfahrzeughalters

1 Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht, so haftet der Halter für den Schaden.

2 Wird ein Verkehrsunfall durch ein nicht in Betrieb befindliches Motorfahrzeug veranlasst, so haftet der Halter, wenn der Geschädigte beweist, dass den Halter oder Personen, für die er verantwortlich ist, ein Verschulden trifft oder dass fehlerhafte Beschaffenheit des Motorfahrzeuges mitgewirkt hat.

3 Der Halter haftet nach Ermessen des Richters auch für Schäden infolge der Hilfeleistung nach Unfällen seines Motorfahrzeuges, sofern er für den Unfall haftbar ist oder die Hilfe ihm selbst oder den Insassen seines Fahrzeuges geleistet wurde.

4 Für das Verschulden des Fahrzeugführers und mitwirkender Hilfspersonen ist der Halter wie für eigenes Verschulden verantwortlich.

126 Eingefügt durch Ziff. II 18 des BG vom 6. Okt. 2006 zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA), in Kraft seit 1. Jan. 2008 (AS **2007** 5779; BBl **2005** 6029).

Art. 59

Ermässigung oder Ausschluss der Halterhaftung

1 Der Halter wird von der Haftpflicht befreit, wenn er beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder grobes Verschulden des Geschädigten oder eines Dritten verursacht wurde ohne dass ihn selbst oder Personen, für die er verantwortlich ist, ein Verschulden trifft und ohne dass fehlerhafte Beschaffenheit des Fahrzeuges zum Unfall beigetragen hat.

2 Beweist der Halter, der nicht nach Absatz 1 befreit wird, dass ein Verschulden des Geschädigten beim Unfall mitgewirkt hat, so bestimmt der Richter die Ersatzpflicht unter Würdigung aller Umstände.

3 ...[127]

4 Nach dem Obligationenrecht[128] bestimmt sich:

a. die Haftung im Verhältnis zwischen dem Halter und dem Eigentümer eines Fahrzeuges für Schaden an diesem Fahrzeug;

b.[129] die Haftung des Halters für Schaden an den mit seinem Fahrzeug beförderten Sachen, ausgenommen an Gegenständen, die der Geschädigte mit sich führte, namentlich Reisegepäck u. dgl.; vorbehalten ist das Transportgesetz vom 4. Oktober 1985[130].

Art. 60[131]

Mehrere Schädiger

1 Sind bei einem Unfall, an dem ein Motorfahrzeug beteiligt ist, mehrere für den Schaden eines Dritten ersatzpflichtig, so haften sie solidarisch.

2 Auf die beteiligten Haftpflichtigen wird der Schaden unter Würdigung aller Umstände verteilt. Mehrere Motorfahrzeughalter tragen den Schaden nach Massgabe des von ihnen zu vertretenden Verschuldens, wenn nicht besondere Umstände, namentlich die Betriebsgefahren, eine andere Verteilung rechtfertigen.

Art. 61

Schadenersatz zwischen Motorfahrzeughaltern

1 Wird bei einem Unfall, an dem mehrere Motorfahrzeuge beteiligt sind, ein Halter körperlich geschädigt, so wird der Schaden den Haltern aller beteiligten Motorfahrzeuge nach Massgabe des von ihnen zu vertretenden Verschuldens auferlegt, wenn nicht besondere Umstände,

127 Aufgehoben durch Ziff. I des BG vom 20. März 1975 (AS **1975** 1257 1857 Ziff. III; BBl **1973** II 1173).
128 SR **220**
129 Fassung gemäss Art. 54 Ziff. 2 des BG vom 4. Okt. 1985 über den Transport im öffentlichen Verkehr, in Kraft seit 1. Jan. 1987 (AS **1986** 1974).
130 [AS **1986** 1974, **1994** 2290 Ziff. V, **1995** 3517 Ziff. I 10 4093 Anhang Ziff. 13, **1998** 2856. AS **2009** 5597 Ziff. III]. Siehe heute: das Personenbeförderungsgesetz vom 20. März 2009 (SR **745.1**).
131 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 20. März 1975, in Kraft seit 1. Aug. 1975 (AS **1975** 1257 1268 Art. 1; BBl **1973** II 1173).

namentlich die Betriebsgefahren, eine andere Verteilung rechtfertigen.[132]

2 Für Sachschaden eines Halters haftet ein anderer Halter nur, wenn der Geschädigte beweist, dass der Schaden verursacht wurde durch Verschulden oder vorübergehenden Verlust der Urteilsfähigkeit des beklagten Halters oder einer Person, für die er verantwortlich ist, oder durch fehlerhafte Beschaffenheit seines Fahrzeuges.

3 Mehrere ersatzpflichtige Halter haften dem geschädigten Halter solidarisch.[133]

Art. 62

Schadenersatz, Genugtuung

1 Art und Umfang des Schadenersatzes sowie die Zusprechung einer Genugtuung richten sich nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes[134] über unerlaubte Handlungen.

2 Hatte der Getötete oder Verletzte ein ungewöhnlich hohes Einkommen, so kann der Richter die Entschädigung unter Würdigung aller Umstände angemessen ermässigen.

3 Leistungen an den Geschädigten aus einer privaten Versicherung, deren Prämien ganz oder teilweise vom Halter bezahlt wurden, sind im Verhältnis seines Prämienbeitrages auf seine Ersatzpflicht anzurechnen, wenn der Versicherungsvertrag nichts anderes vorsieht.

2. Abschnitt: Versicherung

Art. 63

Versicherungspflicht

1 Kein Motorfahrzeug darf in den öffentlichen Verkehr gebracht werden, bevor eine Haftpflichtversicherung nach den folgenden Bestimmungen abgeschlossen ist.

2 Die Versicherung deckt die Haftpflicht des Halters und der Personen, für die er nach diesem Gesetz verantwortlich ist, zumindest in jenen Staaten, in denen das schweizerische Kontrollschild als Versicherungsnachweis gilt.[135]

3 Von der Versicherung können ausgeschlossen werden:

132 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 20. März 1975, in Kraft seit 1. Aug. 1975 (AS **1975** 1257 1268 Art. 1; BBl **1973** II 1173).
133 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 20. März 1975, in Kraft seit 1. Aug. 1975 (AS **1975** 1257 1268 Art. 1; BBl **1973** II 1173).
134 SR **220**
135 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 23. Juni 1995, in Kraft seit 1. Jan. 1996 (AS **1995** 5462; BBl **1995** I 49).

a.[136] Ansprüche des Halters aus Sachschäden, die Personen verursacht haben, für die er nach diesem Gesetz verantwortlich ist;

b.[137] Ansprüche aus Sachschäden des Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners des Halters, seiner Verwandten in auf- und absteigender Linie sowie seiner mit ihm in gemeinsamem Haushalt lebenden Geschwister;

c. Ansprüche aus Sachschäden, für die der Halter nicht nach diesem Gesetz haftet;

d. Ansprüche aus Unfällen bei Rennen, für welche die nach Artikel 72 vorgeschriebene Versicherung besteht.

Art. 64[138]

Mindestversicherung

Der Bundesrat bestimmt die Beträge, die als Ersatzansprüche der Geschädigten aus Personen- und Sachschäden von der Haftpflichtversicherung gedeckt werden müssen.

Art. 65

Unmittelbarer Anspruch gegen den Versicherer, Einreden

1 Der Geschädigte hat im Rahmen der vertraglichen Versicherungsdeckung ein Forderungsrecht unmittelbar gegen den Versicherer.

2 Einreden aus dem Versicherungsvertrag oder aus dem Bundesgesetz vom 2. April 1908[139] über den Versicherungsvertrag können dem Geschädigten nicht entgegengehalten werden.

3 Der Versicherer hat ein Rückgriffsrecht gegen den Versicherungsnehmer oder den Versicherten, soweit er nach dem Versicherungsvertrag oder dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag zur Ablehnung oder Kürzung seiner Leistung befugt wäre. Wurde der Schaden in angetrunkenem oder fahrunfähigem Zustand oder durch ein Geschwindigkeitsdelikt im Sinne des Artikels 90 Absatz 4 verursacht, so muss der Versicherer Rückgriff nehmen. Der Umfang des Rückgriffs trägt dem Verschulden und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Person Rechnung, auf die Rückgriff genommen wird.[140]

136 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 23. Juni 1995, in Kraft seit 1. Jan. 1996 (AS **1995** 5462; BBl **1995** I 49). Siehe auch die SchlB dieser Änd. am Ende dieses Textes.
137 Fassung gemäss Anhang Ziff. 26 des Partnerschaftsgesetzes vom 18. Juni 2004, in Kraft seit 1. Jan. 2007 (AS **2005** 5685; BBl **2003** 1288).
138 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 20. März 1975, in Kraft seit 1. Jan. 1976 (AS **1975** 1257 1857 Ziff. III; BBl **1973** II 1173).
139 SR **221.229.1**
140 Zweiter und dritter Satz eingefügt durch Ziff. I des BG vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Jan. 2015 (AS **2012** 6291, **2013** 4669; BBl **2010** 8447).

Art. 66

Mehrere Geschädigte

1 Übersteigen die den Geschädigten zustehenden Forderungen die vertragliche Versicherungsdeckung, so ermässigt sich der Anspruch jedes Geschädigten gegen den Versicherer im Verhältnis der Versicherungsdeckung zur Summe der Forderungen.

2 Der Geschädigte, der als erster klagt, sowie der beklagte Versicherer können die übrigen Geschädigten durch den angerufenen Richter unter Hinweis auf die Rechtsfolgen auffordern lassen, ihre Ansprüche innert bestimmter Frist beim gleichen Richter einzuklagen. Der angerufene Richter hat über die Verteilung der Versicherungsleistung auf die mehreren Ansprüche zu entscheiden. Bei der Verteilung der Versicherungsleistung sind die fristgemäss eingeklagten Ansprüche, ohne Rücksicht auf die übrigen, vorab zu decken.

3 Hat der Versicherer in Unkenntnis anderweitiger Ansprüche gutgläubig einem Geschädigten eine Zahlung geleistet, die dessen verhältnismässigen Anteil übersteigt, so ist er im Umfang seiner Leistung auch gegenüber den andern Geschädigten befreit.

Art. 67

Halterwechsel, Ersatzfahrzeuge

1 Beim Halterwechsel gehen die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag auf den neuen Halter über. Wird der neue Fahrzeugausweis auf Grund einer andern Haftpflichtversicherung ausgestellt, so erlischt der alte Vertrag.

2 Der bisherige Versicherer ist berechtigt, innert 14 Tagen, seitdem er vom Halterwechsel Kenntnis erhalten hat, vom Vertrag zurückzutreten.

3 Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen, unter welchen der Halter an Stelle des versicherten Fahrzeuges und mit dessen Kontrollschildern ein anderes Fahrzeug verwenden darf. Die Versicherung gilt ausschliesslich für das verwendete Fahrzeug. Der Versicherer kann auf den Halter Rückgriff nehmen, wenn die Verwendung nicht zulässig war.[141]

4 …[142]

Art. 68

Versicherungsnachweis, Aussetzen und Aufhören der Versicherung

1 Der Versicherer hat zuhanden der Behörde, die den Fahrzeugausweis abgibt, eine Versicherungsbescheinigung auszustellen.

2 Aussetzen und Aufhören der Versicherung sind vom Versicherer der Behörde zu melden und werden, sofern die Versicherung nicht vorher

141 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 14. Dez. 2001, in Kraft seit 1. März 2004 (AS **2002** 2767, **2004** 647; BBl **1999** 4462).

142 Aufgehoben durch Ziff. I des BG vom 14. Dez. 2001, mit Wirkung seit 1. März 2004 (AS **2002** 2767, **2004** 647; BBl **1999** 4462).

durch eine andere ersetzt wurde, gegenüber Geschädigten erst wirksam, wenn der Fahrzeugausweis und die Kontrollschilder abgegeben sind, spätestens jedoch 60 Tage nach Eingang der Meldung des Versicherers. Die Behörde hat Fahrzeugausweis und Kontrollschilder einzuziehen, sobald die Meldung eintrifft.

3 Werden die Kontrollschilder bei der zuständigen Behörde hinterlegt, so ruht die Versicherung. Die Behörde gibt dem Versicherer davon Kenntnis.[143]

Art. 68*a*[144]

Schadenverlaufserklärung

Der Versicherungsnehmer hat während des Vertragsverhältnisses jederzeit Anspruch auf eine Schadenverlaufs- beziehungsweise Schadenfreiheitserklärung. Auf seinen Antrag hin hat ihm der Versicherer innert 14 Tagen eine wahrheitsgetreue Erklärung über die ganze Vertragslaufzeit, maximal über die letzten fünf Jahre des Vertragsverhältnisses auszuhändigen.

3. Abschnitt: Besondere Fälle

Art. 69[145]

Motorfahrzeuganhänger; geschleppte Motorfahrzeuge

1 Für den durch einen Anhänger oder ein geschlepptes Motorfahrzeug verursachten Schaden haftet der Halter des ziehenden Motorfahrzeuges; die Bestimmungen über die Haftung bei Motorfahrzeugen gelten sinngemäss. Wird das geschleppte Motorfahrzeug von einem Führer gelenkt, so haftet sein Halter solidarisch mit dem Halter des Zugfahrzeuges.

2 Die Versicherung des Zugfahrzeuges erstreckt sich auch auf die Haftpflicht für Schäden, die verursacht werden:

a. vom Anhänger;

b. vom geschleppten Motorfahrzeug, das nicht von einem Führer gelenkt wird;

c. vom geschleppten Motorfahrzeug, das von einem Führer gelenkt wird und nicht versichert ist.

3 Anhänger zum Personentransport dürfen nur in Verkehr gebracht werden, wenn durch eine Zusatzversicherung auf den Anhänger die

143 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 20. März 1975, in Kraft seit 1. Aug. 1975 (AS **1975** 1257 1268 Art. 1; BBl **1973** II 1173).
144 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Jan. 2014 (AS **2012** 6291, **2013** 4669; BBl **2010** 8447).
145 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 6. Okt. 1989, in Kraft seit 1. Febr. 1991 (AS **1991** 71; BBl **1986** III 209).

vom Bundesrat nach Artikel 64 festgelegte Mindestversicherung des ganzen Zuges gewährleistet ist.

4 Nach diesem Gesetz richten sich die Haftung des Halters des Zugfahrzeuges für körperliche Schäden der Mitfahrer auf Anhängern sowie die Haftung für Schäden zwischen dem Zugfahrzeug und dem geschleppten Motorfahrzeug. Für Sachschäden am Anhänger haftet der Halter des Zugfahrzeuges nach dem Obligationenrecht[146].

Art. 70[147]

Fahrräder

Radfahrer haften nach Obligationenrecht[148].

Art. 71[149]

Unternehmen des Motorfahrzeuggewerbes

1 Der Unternehmer im Motorfahrzeuggewerbe haftet wie ein Halter für den Schaden, der durch ein Motorfahrzeug verursacht wird, das ihm zur Aufbewahrung, Reparatur, Wartung, zum Umbau oder zu ähnlichen Zwecken übergeben wurde. Der Halter und sein Haftpflichtversicherer haften nicht.

2 Diese Unternehmer sowie solche, die Motorfahrzeuge herstellen oder damit Handel treiben, haben für die Gesamtheit ihrer eigenen und der ihnen übergebenen Motorfahrzeuge eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen. Die Bestimmungen über die Halterversicherung gelten sinngemäss.

Art. 72

Rennen

1 Die Bestimmungen dieses Artikels gelten für motor- und radsportliche Veranstaltungen, bei denen die Bewertung hauptsächlich nach der erzielten Geschwindigkeit erfolgt oder eine Durchschnittsgeschwindigkeit von mehr als 50 km/Std. verlangt wird. Sie gelten auch, wenn die Strecke für den übrigen Verkehr gesperrt ist. Der Bundesrat kann weitere Veranstaltungen einbeziehen.

2 Die Veranstalter haften in sinngemässer Anwendung der Bestimmungen über die Haftung der Motorfahrzeughalter für den Schaden, der durch Fahrzeuge der Teilnehmer oder Begleitfahrzeuge oder andere im Dienst der Veranstaltung verwendete Fahrzeuge verursacht wird.

3 Die Haftung für Schäden der Rennfahrer und ihrer Mitfahrer sowie an den im Dienst der Veranstaltung verwendeten Fahrzeugen richtet sich nicht nach diesem Gesetz.

146 SR **220**
147 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 1. Okt. 2010, in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 4925; BBl **2010** 4137 4149).
148 SR **220**
149 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 20. März 1975, in Kraft seit 1. Jan. 1976 (AS **1975** 1257 1857 Ziff. III; BBl **1973** II 1173).

4 Zur Deckung der Haftpflicht der Veranstalter, Teilnehmer und Hilfspersonen gegenüber Dritten, wie Zuschauern, andern Strassenbenützern und Anwohnern, ist eine Versicherung abzuschliessen. Die Bewilligungsbehörde setzt die Mindestdeckung nach den Umständen fest; bei Rennen mit Motorfahrzeugen darf diese jedoch nicht geringer sein als bei der ordentlichen Versicherung.[150] Die Artikel 65 und 66 gelten sinngemäss.

5 Muss bei einem nicht behördlich bewilligten Rennen ein Schaden durch die ordentliche Versicherung des schadenverursachenden Motorfahrzeuges, den schadenverursachenden Radfahrer oder seine private Haftpflichtversicherung gedeckt werden, so hat der Versicherer oder der Radfahrer den Rückgriff auf die Haftpflichtigen, die wussten oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit wissen konnten, dass eine besondere Versicherung für das Rennen fehlte.[151]

Art. 73

Motorfahrzeuge und Fahrräder des Bundes und der Kantone

1 Bund und Kantone unterstehen als Halter von Motorfahrzeugen den Haftpflichtbestimmungen dieses Gesetzes, jedoch nicht der Versicherungspflicht. Ausserdem sind von der Versicherungspflicht Motorfahrzeuge ausgenommen, für die der Bund die Deckungspflicht wie ein Versicherer übernimmt.

2 …[152]

3 Bund und Kantone regulieren nach den für die Haftpflichtversicherung geltenden Bestimmungen die Schäden, die durch Motorfahrzeuge, Anhänger und Fahrräder verursacht werden, für die sie haften. Sie teilen der Auskunftsstelle (Art. 79*a*) mit, welche Stellen für die Schadenregulierung zuständig sind.[153]

Art. 74[154]

Nationales Versicherungsbüro

1 Die in der Schweiz zum Betrieb der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung zugelassenen Versicherungseinrichtungen bilden und betreiben gemeinsam das Nationale Versicherungsbüro, das eigene Rechtspersönlichkeit hat.

2 Das Nationale Versicherungsbüro hat folgende Aufgaben:

150 Fassung des zweiten Satzes gemäss Ziff. I des BG vom 1. Okt. 2010, in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 4925; BBl **2010** 4137 4149).
151 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 1. Okt. 2010, in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 4925; BBl **2010** 4137 4149).
152 Aufgehoben durch Ziff. I des BG vom 1. Okt. 2010, mit Wirkung seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 4925; BBl **2010** 4137 4149).
153 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, in Kraft seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).
154 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, in Kraft seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).

a. Es deckt die Haftung für Schäden, die durch ausländische Motorfahrzeuge und Anhänger in der Schweiz verursacht werden, soweit nach diesem Gesetz eine Versicherungspflicht besteht.

b. Es betreibt die Auskunftsstelle nach Artikel 79*a*.

c. Es koordiniert den Abschluss von Grenzversicherungen für in die Schweiz einreisende Motorfahrzeuge, die nicht über den erforderlichen Versicherungsschutz verfügen.

3 Der Bundesrat regelt:

a. die Pflicht zum Abschluss einer Grenzversicherung;

b. die Koordination der Leistungen der Sozialversicherungen mit den Schadenersatzleistungen des Nationalen Versicherungsbüros.

4 Er kann den Arrest zur Sicherung von Ersatzansprüchen für Schäden, die durch ausländische Motorfahrzeuge oder Anhänger verursacht werden, ausschliessen oder beschränken.

Art. 75[155]

Strolchenfahrten

1 Wer ein Motorfahrzeug zum Gebrauch entwendet, haftet wie ein Halter. Solidarisch mit ihm haftet der Führer, der bei Beginn der Fahrt wusste oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit wissen konnte, dass das Fahrzeug zum Gebrauch entwendet wurde. Der Halter haftet mit, ausser gegenüber Benützern des Fahrzeugs, die bei Beginn der Fahrt von der Entwendung zum Gebrauch Kenntnis hatten oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit haben konnten.

2 Der Halter und sein Haftpflichtversicherer haben den Rückgriff auf die Personen, die das Motorfahrzeug entwendeten, sowie auf den Führer, der bei Beginn der Fahrt von der Entwendung zum Gebrauch Kenntnis hatte oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit haben konnte.

3 Der Versicherer darf den Halter nicht finanziell belasten, wenn diesen an der Entwendung keine Schuld trifft.

Art. 76[156]

Nationaler Garantiefonds

1 Die in der Schweiz zum Betrieb der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung zugelassenen Versicherungseinrichtungen bilden und betreiben gemeinsam den Nationalen Garantiefonds, der eigene Rechtspersönlichkeit hat.

2 Der Nationale Garantiefonds hat folgende Aufgaben:

155 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 20. März 1975, in Kraft seit 1. Jan. 1976 (AS **1975** 1257 1857 Ziff. III; BBl **1973** II 1173).

156 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, in Kraft seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).

a.[157] Er deckt die Haftung für Schäden, die in der Schweiz verursacht werden durch:

1. nicht ermittelte oder nicht versicherte Motorfahrzeuge und Anhänger, soweit nach diesem Gesetz eine Versicherungspflicht besteht,
2. Radfahrer oder Benützer fahrzeugähnlicher Geräte, sofern der Schädiger nicht ermittelt werden kann oder der Schaden weder vom Schädiger noch von einer Haftpflichtversicherung noch von einer für ihn verantwortlichen Person oder einer anderen Versicherung gedeckt wird;

b. Er deckt die Haftung für Schäden, die durch in der Schweiz zugelassene Motorfahrzeuge und Anhänger verursacht werden, wenn über den leistungspflichtigen Haftpflichtversicherer der Konkurs eröffnet worden ist;

c. Er betreibt die Entschädigungsstelle nach Artikel 79*d*.

[3] Der Bundesrat regelt:

a. die Aufgaben des Nationalen Garantiefonds nach Absatz 2;

b. einen Selbstbehalt des Geschädigten für Sachschäden;

c. die Koordination der Leistungen der Sozialversicherungen mit den Schadenersatzleistungen des Nationalen Garantiefonds.

[4] Im Falle von Absatz 2 Buchstabe a entfällt die Leistungspflicht des Nationalen Garantiefonds in dem Umfange, in dem der Geschädigte Leistungen aus einer Schadensversicherung oder einer Sozialversicherung beanspruchen kann.

[5] Der Bundesrat kann im Falle von Absatz 2 Buchstabe a:

a.[158] den Nationalen Garantiefonds zur Vorleistung verpflichten, wenn der Schädiger keine leistungspflichtige Haftpflichtversicherung hat oder das Fehlen einer solchen Versicherung strittig ist;

b. die Leistungspflicht des Nationalen Garantiefonds gegenüber im Ausland wohnhaften ausländischen Geschädigten bei fehlender Reziprozität beschränken oder aufheben.

[6] Mit der Zahlung der Ersatzleistung an den Geschädigten tritt der Nationale Garantiefonds für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Geschädigten ein.

157 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 1. Okt. 2010, in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 4925; BBl **2010** 4137 4149).
158 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 1. Okt. 2010, in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 4925; BBl **2010** 4137 4149).

Art. 76*a*[159]

Finanzierung, Durchführung

1 Der Halter eines Motorfahrzeuges leistet jährlich je einen Beitrag nach der Art des versicherten Risikos, der zur Deckung des Aufwandes nach den Artikeln 74, 76, 79*a* und 79*d* bestimmt ist.[160]

2 Das nationale Versicherungsbüro und der nationale Garantiefonds bestimmen diese Beiträge; sie bedürfen der Genehmigung durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA).[161]

3 Die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherer erheben diese Beiträge gleichzeitig mit der Prämie.[162]

4 Der Bund sowie seine Betriebe und Anstalten sind von der Beitragspflicht ausgenommen. Kantone als Halter von Motorfahrzeugen, für die keine Haftpflichtversicherungspflicht besteht (Art. 73 Abs. 1), sind insoweit beitragspflichtig, als ihre Fahrzeuge versichert sind.

5 Der Bundesrat bestimmt die Einzelheiten; er regelt namentlich die Berechnungsgrundlagen für den Beitrag und dessen Genehmigung.

Art. 76*b*[163]

Gemeinsame Bestimmungen für das Nationale Versicherungsbüro und den Nationalen Garantiefonds

1 Geschädigte haben ein Forderungsrecht unmittelbar gegen das Nationale Versicherungsbüro und den Nationalen Garantiefonds.

2 Das Nationale Versicherungsbüro und der Nationale Garantiefonds stehen unter der Aufsicht des ASTRA[164].

3 Personen, die Aufgaben des Nationalen Versicherungsbüros und des Nationalen Garantiefonds wahrnehmen oder deren Ausführung beaufsichtigen, sind Dritten gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet. Sie sind zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben befugt, die dafür benötigten Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Daten und Persönlichkeitsprofile, zu bearbeiten oder bearbeiten zu lassen.

4 Das Nationale Versicherungsbüro und der Nationale Garantiefonds können:

159 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 20. Juni 1980, in Kraft seit 1. Jan. 1981 (AS **1980** 1509; BBl **1980** I 477). Siehe auch Art. 108 hiernach.
160 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, in Kraft seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).
161 Fassung gemäss Anhang Ziff. 10 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007, in Kraft seit 1. Jan. 2009 (AS **2008** 5207; BBl **2006** 2829).
162 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 23. Juni 1995, in Kraft seit 1. Jan. 1996 (AS **1995** 5462; BBl **1995** I 49).
163 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, in Kraft seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).
164 Ausdruck gemäss Ziff. I des BG vom 15. Juni 2012, in Kraft seit 1. Jan. 2013 (AS **2012** 6291; BBl **2010** 8447). Die Anpassung wurde im ganzen Text vorgenommen.

a. ihre Mitglieder oder Dritte mit der Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben betrauen und einen geschäftsführenden Versicherer bezeichnen;

b. mit anderen nationalen Versicherungsbüros und nationalen Garantiefonds sowie mit ausländischen Stellen, die gleichartige Aufgaben wahrnehmen, Vereinbarungen zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Verkehrs und über den Schutz von Verkehrsopfern im grenzüberschreitenden Verkehr abschliessen.

5 Der Bundesrat erlässt Bestimmungen über die Aufgaben und Befugnisse des Nationalen Versicherungsbüros und des Nationalen Garantiefonds betreffend:

a. Schadendeckung im In- und Ausland;

b. Förderung und Entwicklung des Versicherungsschutzes und des Verkehrsopferschutzes im grenzüberschreitenden Verkehr.

Art. 77

Nichtversicherte Fahrzeuge

1 Gibt ein Kanton Fahrzeugausweise und Kontrollschilder für Motorfahrzeuge ab, ohne dass die vorgeschriebene Versicherung besteht, so haftet er im Rahmen der gesetzlichen Mindestversicherung für den Schaden, für den die Halter der Motorfahrzeuge aufzukommen haben.[165] Er haftet in gleicher Weise, wenn er es versäumt, Fahrzeugausweis und Kontrollschilder innert 60 Tagen nach der Meldung des Versicherers im Sinne von Artikel 68 oder nach der Meldung des Halters über die endgültige Ausserverkehrsetzung eines Fahrzeuges einzuziehen.[166]

2 Der Kanton oder sein Versicherer hat den Rückgriff gegen den Halter, der nicht im guten Glauben war, er sei durch die vorgeschriebene Versicherung gedeckt.

3 Diese Bestimmungen gelten sinngemäss für die Abgabe von Fahrzeugausweisen und Kontrollschildern durch den Bund.[167]

Art. 78[168]

Art. 79[169]

165 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 1. Okt. 2010, in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 4925; BBl **2010** 4137 4149).
166 Fassung des zweiten Satzes gemäss Ziff. I des BG vom 6. Okt. 1989, in Kraft seit 1. Febr. 1991 (AS **1991** 71; BBl **1986** III 209).
167 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 1. Okt. 2010, in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 4925; BBl **2010** 4137 4149).
168 Aufgehoben durch Ziff. 7 des Anhangs zum BG vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung, mit Wirkung seit 1. Jan. 1984 (AS **1982** 1676; BBl **1976** III 141).
169 Aufgehoben durch Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, mit Wirkung seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).

Art. 79*a*[170]

Auskunftsstelle

1 Die Auskunftsstelle erteilt Geschädigten und Sozialversicherungen die erforderlichen Auskünfte, damit sie Schadenersatzansprüche geltend machen können.

2 Der Bundesrat bestimmt, welche Auskünfte zu erteilen sind.

3 Er kann Behörden und Private verpflichten, der Auskunftsstelle die erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen.

Art. 79*b*[171]

Schadenregulierungsbeauftragte

1 In der Schweiz zum Betrieb der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung zugelassene Versicherungseinrichtungen sind verpflichtet, in jedem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes einen Schadenregulierungsbeauftragten zu benennen. Sie übermitteln dessen Namen und Adresse den Auskunftsstellen dieser Staaten und der Auskunftsstelle nach Artikel 79*a*.

2 Der Bundesrat kann die Versicherungseinrichtungen nach Absatz 1 zur Ernennung von Schadenregulierungsbeauftragten in weiteren Staaten verpflichten.

3 Schadenregulierungsbeauftragte sind natürliche oder juristische Personen, die in ihrem Tätigkeitsstaat Versicherungseinrichtungen mit Sitz in einem anderen Staat vertreten. Sie bearbeiten und regulieren nach Artikel 79*c* Haftpflichtansprüche, die Geschädigte mit Wohnsitz in ihrem Tätigkeitsstaat gegen die von ihnen vertretene Versicherungseinrichtung erheben.

4 Sie müssen:

a. in ihrem Tätigkeitsstaat domiziliert sein;

b. über ausreichende Befugnisse verfügen, um die Versicherungseinrichtung gegenüber Geschädigten zu vertreten und deren Schadenersatzansprüche in vollem Umfang zu befriedigen;

c. in der Lage sein, die Fälle in der Amtssprache beziehungsweise den Amtssprachen ihrer Tätigkeitsstaaten zu bearbeiten.

5 Sie können auf Rechnung einer oder mehrerer Versicherungseinrichtungen tätig sein.

Art. 79*c*[172]

Schadenregulierung

170 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, in Kraft seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).
171 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, in Kraft seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).
172 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, in Kraft seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).

1 Die in der Schweiz zum Betrieb der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung zugelassenen Versicherungseinrichtungen, die in der Schweiz tätigen Schadenregulierungsbeauftragten, der Bund und die Kantone für ihre Fahrzeuge, die nicht versichert sind, sowie das Nationale Versicherungsbüro und der Nationale Garantiefonds haben Geschädigten, die Haftpflichtansprüche gegen sie erheben, innert dreier Monate:

a. ein begründetes Schadenersatzangebot vorzulegen, sofern die Haftung unstreitig und der Schaden beziffert worden ist;

b. eine begründete Antwort auf die mit der Schadenersatzforderung gemachten Darlegungen zu erteilen, sofern die Haftung bestritten wird oder nicht eindeutig feststeht oder der Schaden nicht vollständig beziffert worden ist.

2 Die dreimonatige Frist beginnt für die mit der Schadenersatzforderung konkret geltend gemachten Ansprüche mit dem Eingang der Ersatzforderung bei der vom Geschädigten angegangenen Stelle.

3 Nach Ablauf der dreimonatigen Frist beginnt die Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen. Weitergehende Ansprüche des Geschädigten bleiben vorbehalten.

Art. 79*d*[173]

Entschädigungsstelle

1 Geschädigte mit Wohnsitz in der Schweiz können ihre Haftpflichtansprüche bei der Entschädigungsstelle des Nationalen Garantiefonds geltend machen, wenn:

a. die zur Schadenregulierung angegangene Stelle ihren Verpflichtungen gemäss Artikel 79*c* nicht nachgekommen ist;

b. der leistungspflichtige ausländische Haftpflichtversicherer in der Schweiz keinen Schadenregulierungsbeauftragten benannt hat;

c. sie in einem ausländischen Staat, dessen nationales Versicherungsbüro dem System der grünen Karte beigetreten ist, durch ein Motorfahrzeug geschädigt worden sind, das nicht ermittelt werden kann oder dessen Versicherer nicht innert zweier Monate ermittelt werden kann.

2 Keine Ansprüche gegen die Entschädigungsstelle bestehen, wenn die geschädigte Person:

a. im In- oder Ausland gerichtliche Schritte zur Durchsetzung ihrer Ersatzansprüche eingeleitet hat; oder

173 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, in Kraft seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).

b. einen Schadenersatzanspruch direkt an den ausländischen Versicherer gerichtet und dieser innert dreier Monate eine begründete Antwort erteilt hat.

Art. 79*e*[174]

Reziprozität

1 Die Artikel 79*a*–79*d* sind gegenüber einem anderen Staat nur anwendbar, wenn der betreffende Staat der Schweiz Gegenrecht gewährt.

2 Die FINMA veröffentlicht eine Liste der Staaten, welche Gegenrecht gewähren.[175]

4. Abschnitt: Verhältnis zu andern Versicherungen

Art. 80[176]

Obligatorische Unfallversicherung

Geschädigten, die nach dem Unfallversicherungsgesetz vom 20. März 1981[177] versichert sind, bleiben die Ansprüche aus diesem Gesetz gewahrt.

Art. 81[178]

Militärversicherung

Wird ein Versicherter der Militärversicherung durch ein Militärfahrzeug verletzt oder getötet, so hat der Bund den Schaden ausschliesslich nach dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1992[179] über die Militärversicherung zu decken.

5. Abschnitt: Gemeinsame Bestimmungen

Art. 82[180]

Versicherer

Die durch dieses Gesetz vorgeschriebenen Versicherungen sind bei einer zum Geschäftsbetrieb in der Schweiz zugelassenen Versicherungseinrichtung abzuschliessen. Vorbehalten bleibt die Anerkennung

174 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 4. Okt. 2002, in Kraft seit 1. Febr. 2003 (AS **2003** 222; BBl **2002** 4397).
175 Fassung gemäss Anhang Ziff. 10 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007, in Kraft seit 1. Jan. 2009 (AS **2008** 5207; BBl **2006** 2829).
176 Fassung gemäss Anhang Ziff. 4 des BG vom 6. Okt. 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, in Kraft seit 1. Jan. 2003 (AS **2002** 3371; BBl **1991** II 185 910, **1994** V 921, **1999** 4523).
177 SR **832.20**
178 Fassung gemäss Anhang Ziff. 4 des BG vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung, in Kraft seit 1. Jan. 1994 (AS **1993** 3043; BBl **1990** III 201).
179 SR **833.1**
180 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 18. Juni 1993, in Kraft seit 1. April 1994 (AS **1993** 3330, **1994** 815; BBl **1993** I 805).

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_1009/2008/sst

Urteil vom 25. Februar 2009
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Favre, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Mathys,
Gerichtsschreiberin Koch.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin Maja Gisler Song,

gegen

Y._____, Beschwerdegegner, vertreten
durch Rechtsanwalt Tobias Figi,
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8001 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Fahrlässige Körperverletzung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 28. Oktober 2008.

Sachverhalt:

A.
Am 20. Juni 2006 um ca. 16.10 Uhr lenkte X._____ einen Kombi Opel Astra in einer stockenden Fahrzeugkolonne auf der Hohlstrasse in Zürich stadteinwärts. Auf der Höhe der Liegenschaft Nr. 213 beabsichtigte er, über die doppelgleisige Tramspur zu wenden und auf die rechte Spur der Gegenfahrbahn zu fahren, um auf die nahegelegene Hardbrücke zu gelangen. Zu Beginn des Manövers kam es zu einer seitlichen Kollision mit dem Motorradlenker Y._____, welcher links am Kombi Opel Astra stadteinwärts vorbeifuhr. Y._____ erlitt eine Sprunggelenkfraktur am rechten Bein.

B.
Der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich sprach X._____ am 30. Januar 2008 vom Vorwurf der fahrlässigen Körperverletzung und der ungenügenden Rücksichtnahme auf nachfolgende Fahrzeuge beim Linksabbiegen frei.

C.

Die dagegen erhobene Berufung des Geschädigten Y._____ hiess das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 28. Oktober 2008 gut. Es sprach X._____ der fahrlässigen Körperverletzung im Sinne von Art. 125 Abs. 1 StGB schuldig, bestrafte ihn mit einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 100.-- bei einer Probezeit 2 Jahren und verpflichtete ihn, Y._____ die Hälfte des aus der Kollision resultierenden Schadens zu bezahlen. Für das Quantitativ verwies es den Geschädigten mit seinem Anspruch auf den Zivilweg. Weiter verpflichtete es X._____, dem Geschädigten für die Kosten der anwaltlichen Vertretung in der Untersuchung und im erstinstanzlichen Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'700.-- zu bezahlen.

D.
Gegen dieses Urteil erhebt X._____ Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht. Er beantragt, er sei von Schuld und Strafe freizusprechen. Eventualiter wendet er sich gegen die Strafzumessung, die Haftungsquote betreffend den Zivilanspruch und die dem Geschädigten zugesprochene Parteientschädigung. Insoweit stellt er die An-träge, er sei lediglich mit einer Geldstrafe von 3 Tagessätzen zu Fr. 20.-- zu bestrafen, seine Haftungsquote sei auf 20% zu reduzieren und es sei dem Geschädigten mangels tatsächlicher anwaltlicher Vertretung keine Entschädigung für die Untersuchung und das erstinstanzliche Verfahren zuzusprechen.
Erwägungen:

1.
1.1
Die Vorinstanz stellt in tatsächlicher Hinsicht im Wesentlichen fest, der Beschwerdeführer habe mit seinem Personenwagen die Fahrtrichtung ändern und die bisherige Fahrspur verlassen wollen. Er habe aus einer stehenden bzw. stockenden Kolonne direkt zum Wendemanöver auf die Gegenfahrbahn angesetzt, ohne einzuspuren. Dabei habe er den Kopf vor dem Verlassen seiner Fahrspur nicht gedreht. Er hätte den Motorradfahrer sehen müssen, wenn er im Moment, in welchem er die Fahrzeugkolonne verlassen habe, den Kopf gedreht hätte. Er habe dem Beschwerdegegner den Weg abgeschnitten, worauf es zu einer Streifkollision mit dessen Motorrad gekommen sei. Im Bereich des vorderen linken Kotflügels und seitlich am Frontspoiler des Personenwagen sei es zum Kontakt mit dem rechten Fusspedal des Motorrades gekommen. Beim Vorfall habe sich der Beschwerdegegner eine Sprunggelenkfraktur rechts zugezogen. Die Vorinstanz lässt offen, ob der Beschwerdeführer den Blinker überhaupt oder rechtzeitig gestellt habe. Beim Fahrmanöver des Beschwerdeführers handle es sich nicht um ein Einspuren an einer Strassenverzweigung. Der Beschwerdeführer habe für sein Wendemanöver auch nicht auf den Fahrraum der Strassenbahn eingespurt.
Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz zur örtlichen Situation wird im Bereich der Kollisionsstelle die Fahrbahn stadteinwärts einspurig geführt. Gegen rechts wird die Fahrbahn durch ein Trottoir begrenzt, gegen links durch eine gelbe Markierung des Tram- bzw. Busstreifens. Die gelbe Linie ist teilweise unterbrochen, doch fehlt eine Aufschrift "Bus" oder ein Signal "Bus-Fahrbahn". Zwischen der gelben Begrenzungsline und jener der Gegenfahrbahn befinden sich zwei Tramgeleise. Die Kollision hat sich am Ende jenes Streckenabschnittes ereignet, der eine ununterbrochene gelbe Linie zwischen Tramgeleise und stadteinwärts führender Fahrspur für den Autoverkehr aufweist. Der Kollisionspunkt liegt gemäss den Feststellungen der Vorinstanz nicht unmittelbar im Bereich der gelben Begrenzungslinie sondern links des stadteinwärts führenden Tramgeleises.

1.2 In rechtlicher Hinsicht erwägt die Vorinstanz, den Beschwerdeführer, welcher seine bisherige Fahrspur nach links habe verlassen wollen, treffe grundsätzlich eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf nachfolgende Fahrzeuge. Die sichere Vornahme des vom Beschwerdeführer beabsichtigten Abbiege- oder Wendemanövers setze nebst dem Blick in den Rück- und Sei-

tenspiegel auch die Linksdrehung des Kopfs unmittelbar vor dem Verlassen der bisherigen Fahrspur voraus, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass er den Weg eines anderen Verkehrsteilnehmers kreuze. Soweit es dem Beschwerdeführer nicht möglich gewesen sei, zu Beginn seines Fahrmanövers den Beschwerdegegner zu sehen, habe er dieses nicht vornehmen dürfen. Dem Beschwerdeführer sei es bei Beachtung der Pflicht zu einem Blick über die Schulter möglich gewesen, die Kollision zu vermeiden. Allerdings habe sich auch der Beschwerdegegner nicht ordnungsgemäss verhalten und gegen Art. 35 sowie Art. 47 Abs. 2 SVG verstossen, indem er mit seinem Motorrad eine stehende bzw. stockende Kolonne links überholt habe. Indessen sei entscheidend, dass der nach links wendende Beschwerdeführer ausserhalb einer Verzweigung direkt zum Wendemanöver auf die Gegenfahrbahn angesetzt habe, ohne einzuspuren. Es sei gerichtsnotorisch, dass stockende Autokolonnen im Innerortsbereich regelmässig von Zweiradfahrern links überholt würden. Ausserdem habe der Beschwerdeführer, welcher von einer Normal- über eine Tram- bzw. Busspur auf die Gegenfahrbahn habe wechseln wollen, auf entsprechende vortrittsberechtigte Spezialfahrzeuge (Bus, Tram) achten müssen. Der Beschwerdeführer habe nicht darauf vertrauen dürfen, dass eine solche Spur nicht auch von anderen Verkehrsteilnehmern benützt werde, namentlich zum Überholen einer langsameren Kolonne von Motorfahrzeugen auf der Normalspur, was zum Alltagsleben eines Automobilisten im Stadtverkehr gehöre. Durch das unterlassene Drehen des Kopfes habe er seine Sorgfaltspflicht verletzt und die Kollision mitverursacht. Der Zusammenstoss und die daraus resultierende Verletzung des Beschwerdegegners seien voraussehbar und durch regelkonformes Verhalten des Beschwerdeführers vermeidbar gewesen.

2.
2.1 Wer fahrlässig einen Menschen am Körper verletzt, wird nach Art. 125 Abs. 1 StGB auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Ist die Schädigung schwer, wird der Täter gemäss Art. 125 Abs. 2 StGB von Amtes wegen verfolgt. Gemäss Art. 34 Abs. 3 SVG hat der Fahrzeugführer beim Abbiegen auf den Gegenverkehr und auf die ihm nachfolgenden Fahrzeuge Rücksicht zu nehmen. Der Führer, der sein Fahrzeug wenden will, darf andere Strassenbenützer nicht behindern, diese haben den Vortritt (Art. 36 Abs. 4 SVG). An unübersichtlichen Stellen und bei dichtem Verkehr ist das Wenden untersagt (Art. 17 Abs. 4 VRV). Eine pflichtgemässe Zeichengebung bei der Richtungsänderung entbindet den Fahrzeugführer nicht von der gebotenen Vorsicht (Art. 39 Abs. 2 SVG). Der Überholende muss auf die übrigen Strassenbenützer, namentlich auf jene, die er überholen will, besonders Rücksicht nehmen (Art. 35 Abs. 3 SVG). Fahrzeuge dürfen nicht überholt werden, wenn der Führer die Absicht anzeigt, nach links abzubiegen (Art. 35 Abs. 5 SVG). Hat ein Fahrzeug zum Abbiegen nach links eingespurt, darf es nur rechts überholt werden (Art. 35 Abs. 6 SVG). Nach der Grundregel von Art. 26 Abs. 1 SVG hat sich im Sinne einer allgemeinen Sorgfaltspflicht im Verkehr jedermann so zu verhalten, dass er andere in der ordnungsgemässen Benützung der Strasse weder behindert noch gefährdet. Daraus leitet die Rechtsprechung den Vertrauensgrundsatz ab, nach welchem jeder Strassenbenützer, der sich selbst verkehrsgemäss verhält, darauf vertrauen darf, dass sich die anderen Verkehrsteilnehmer ebenfalls ordnungsgemäss verhalten, sofern nicht besondere Umstände dagegen sprechen (BGE 129 IV 282 E. 2.2.1 S. 285 f. mit Hinweisen). Eine Pflicht zu einer erhöhten Sorgfalt gilt bei unklaren Verkehrssituationen oder ungewissen Lagen. Wegen der besonderen Gefahrenträchtigkeit solcher Situationen ist risikoarmes Verhalten gefordert (BGE 125 IV 83 E. 2b S. 87 f. mit Hinweisen).

2.2 Im Interesse der Verkehrssicherheit ist nicht leichthin anzunehmen, das sich der links Abbiegende auf das für nachfolgende Fahrzeuge geltende Verbot des Linksüberholens eines Linksabbiegers verlassen dürfe; denn er schafft mit seinem Manöver eine gefahrenträchtige Verkehrssituation namentlich für die nachfolgenden Verkehrsteilnehmer (BGE 125 IV 83 E.

2c S. 88 mit Hinweis). Dies gilt erst recht für Wendemanöver ausserhalb einer Strassenverzweigung, da diese ungewöhnlicher sind als das Linksabbiegen und daher eine besondere Sorgfaltspflicht erfordern.

3.
3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt in willkürlicher Weise festgestellt und dadurch seinen Anspruch, ohne Willkür behandelt zu werden, verletzt (Art. 9 BV). Er begründet seine Rüge damit, dass die Vorinstanz trotz fehlender unfalltechnischer Auswertung und aufgrund von perspektivisch verzerrten Fotos Rückschlüsse auf die Kollisionsstelle und die Verkehrsmarkierungen am Kollisionsort getroffen habe. Zudem habe sich die Linienführung seit dem Unfallzeitpunkt verändert. Es sei unklar, ob die Vorinstanz die alte oder die neue Signalisation als "gerichtsnotorisch" betrachte und ob im Zeitpunkt des Unfalls auf der Busspur die Aufschrift "Bus" angebracht gewesen sei.

3.2 Nach der bundesgerichtlichen Praxis liegt Willkür in der Beweiswürdigung nach Art. 9 BV vor, wenn der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweiswür-digung beruht bzw. im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Für die Annahme von Willkür genügt es nicht, wenn eine andere Lösung auch als vertretbar oder sogar zutreffender erscheint (BGE 132 I 175 E. 1.2 S. 177; 131 I 467 E. 3.1 S. 473 f., je mit Hinweisen).

3.3 Die Vorinstanz hat ihre Feststellungen zur Signalisation und zu den Markierungen anhand der unmittelbar nach dem Unfallzeitpunkt (20. Juni 2006, 16.10 Uhr) erstellten Fotos getroffen (act. 11, Fotos vom 20. Juni 2006, 16.50 Uhr) und auf die Fotodokumentation verwiesen (angefochtenes Urteil S. 7). Ihre Feststellungen stimmen mit der Fotodokumentation überein. Sie hat die Linienführung bzw. die Signalisation und die Markierungen in Übereinstimmung mit den Fotoaufnahmen willkürfrei festgesellt.
Die genaue Lage der Kollisionsstelle ist für die strafrechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles unerheblich (siehe E. 5.2 hiernach), weshalb auf die diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers nicht einzutreten ist (Art. 97 Abs. 1 BGG).

4.
4.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie den Sachverhalt nicht vollständig festgestellt habe. Die korrekte Gesetzesanwendung könne mangels Feststellung des massgeblichen Sachverhalts nicht geprüft werden. Die Vorinstanz habe die Frage nicht beantwortet, ob er den Geschädigten bei einer Drehung seines Kopfes hätte sehen können. Zudem habe die Vorinstanz nicht festgestellt, ob der Beschwerdeführer auf seiner Fahrspur links in Richtung Busspur eingespurt habe.
Diese Rügen erschöpfen sich in unzulässiger appellatorischer Kritik an der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung. Entgegen den Behauptungen in der Beschwerdeschrift hat sich die Vorinstanz mit den Vorbringen betreffend Kopfdrehung auseinandergesetzt und festgestellt, dass er den Beschwerdegegner bei einer rechtzeitigen Drehung des Kopfes hätte erblicken müssen (angefochtenes Urteil S. 12). Der Beschwerdeführer trägt vor Bundesgericht noch einmal dieselben Einwände wie im Plädoyer vor der Vorinstanz vor, ohne sich mit deren Begründung auseinanderzusetzen. Darauf ist nicht einzutreten.
Entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers hat sich die Vorinstanz auch zur Frage des Einspurens geäussert. Sie hält fest, er habe direkt zum Wendemanöver angesetzt und nicht auf der Tramspur eingespurt, was erlaubt gewesen wäre (angefochtenes Urteil S. 13).

4.2 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie zu Unrecht die Beweislast umgekehrt habe. Nicht er müsse seine Unschuld beweisen, sondern die staatlichen Strafverfolgungsbehörden müssten seine Schuld beweisen. Der Beschwerdeführer beanstandet die vorinstanzliche Erwägung, er habe weder behauptet, dass er auf den Fahrraum der Strassenbahn gewechselt habe, um dort für das eigentliche Wendemanöver einzuspuren (angefochtenes Urteil Ziff. III. 7. S. 11), noch geltend gemacht, der Beschwerdegegner habe ihn derart schnell überholt, dass er ihn auch bei rechtzeitiger Drehung des Kopfes und einem sorgfältigen Blick zurück nicht hätte sehen können (angefochtenes Urteil Ziff. III. 7. S. 12). Aus der in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Unschuldsvermutung wird abgeleitet, dass es auf dem Gebiet des Strafrechts Sache des Staates ist, die Schuld eines Angeklagten zu beweisen, und dass nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss (vgl. BGE 127 I 38 E. 2a S. 41 f.; 124 IV 86 E. 2a S. 88).
Der Beschwerdeführer sagte aus, er sei schräg in der Fahrspur der Fahrzeugkolonne gestanden und gerade angefahren, als es zur Kollision gekommen sei (angefochtenes Urteil S. 9). Der Beschwerdeführer sagte damit nach der willkürfreien Beweiswürdigung der Vorinstanz offensichtlich nicht aus, er sei vor der Kollision auf die Tram- bzw. Busspur eingespurt. Die Feststellung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer sei nicht eingespurt, stützt sich somit auf die Aussagen des Beschwerdeführers und beruht nicht auf einer unzulässigen Umkehr der Beweislast.
Zu seiner Geschwindigkeit sagte der Beschwerdegegner aus, er sei beim Überholen mit 20 bis 30 km/h im 2. Gang gefahren, im Augenblick der Kollision sei er ca mit 40 km/h gefahren. Er habe noch beschleunigt, um eine Kollision zu verhindern, weil er gesehen habe, wie ein Autolenker im Begriff gewesen sei, links abzubiegen (angefochtenes Urteil S. 9). Der Beschwerdeführer führte zu seiner Geschwindigkeit aus, er sei ganz langsam bzw. ungefähr im Schritttempo gefahren, die Kolonne vor ihm sei fast stillgestanden (angefochtenes Urteil S. 9).
Die Feststellung der Vorinstanz zu den Geschwindigkeiten der Beteiligten und zur Möglichkeit des Beschwerdeführers, den Beschwerdegegner bei einer Kopfdrehung zu erblicken, stützen sich damit auf die Akten ab, stellen daher keine unzulässige Beweislastumkehr dar und verletzen den Grundsatz der Unschuldsvermutung nicht.

5.
5.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 12 Abs. 3 StGB (betreffend die Fahrlässigkeit) und von Art. 26 Abs. 1 SVG (betreffend den Vertrauensgrundsatz). Die Vorinstanz habe zu Unrecht die Voraussehbarkeit bejaht und die Frage der Vermeidbarkeit gar nicht geprüft. Er habe mehrfach in den Rück- und Seitenspiegel geschaut und vorschriftsgemäss den linken Blinker betätigt. Er habe das Fenster zur akustischen Wahrnehmung geöffnet. Er habe sich nicht "leichthin" auf das für nachfolgende Fahrzeuge geltende Verbot des Linksüberholens von Linksabbiegern verlassen und selbst keine unklare oder gefährliche Verkehrslage geschaffen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe er nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 127 IV 34 E. 3.c/bb S. 44) im Moment des Abbiegens keinen Seitenblick machen, sondern auf die Fahrspur schauen müssen. Der Beschwerdegegner habe die stehende Fahrzeugkolonne "aus dem Nichts" mit übersetzter Geschwindigkeit überholt.

5.2 Soweit der Beschwerdeführer in der Begründung dieser Rügen Tatsachen behauptet, die von den willkürfreien tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz (siehe E. 3 hiervor) abweichen, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.
Nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz ist es alltäglich, dass im stehenden und stockenden Kolonnenverkehr innerorts Zweiradfahrer die Kolonne links überholen. Es ist auch nicht ungewöhnlich, dass Zweiradfahrer dabei in Missachtung von Markierungen beispielsweise für Busse reservierte Verkehrsflächen befahren. Daher ist es im vorliegenden Fall unerheblich, wo genau es zur Kollision kam. Der Beschwerdeführer musste mit der Möglichkeit

rechnen, dass er im stockenden Kolonnenverkehr verbotenerweise von einem Zweiradfahrer links überholt wird, der dabei in unzulässiger Weise eine Busspur benützte. Er durfte, zumal er ein eher ungewöhnliches Wendemanöver durchführen wollte, nicht darauf vertrauen, dass er nicht links überholt wird. Er musste sich daher, insbesondere da er nicht auf die Tram- bzw. Busspur eingespurt war, vergewissern, dass kein Fahrzeug von hinten auf dieser Spur nahte. Hierfür musste er zur Vermeidung der sich aus dem "toten Winkel" ergebenden Risiken auch den Kopf drehen. Bei diesem gebotenen Verhalten hätte er gemäss den willkürfreien Feststellungen der Vorinstanz den Beschwerdegegner bemerken können oder aber, falls er auch beim Drehen des Kopfes keine unbehinderte Sicht nach hinten gehabt hätte, nicht losfahren dürfen. Gegebenenfalls hätte er mit der Einleitung des Wendemanövers zuwarten müssen und dadurch die Kollision und deren Verletzungsfolgen verhindern können. Unter diesen Umständen kann die genaue Lage des Kollisionspunktes offen bleiben.
Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit sich der Beschwerdeführer gegen den Schuldspruch der fahrlässigen Körperverletzung nach Art 125 Abs. 1 StGB wendet.

6.
6.1 Der Beschwerdeführer macht eventualiter geltend, die Anzahl und Höhe der Tagessätze seien zu hoch und im angefochtenen Entscheid nicht ausreichend begründet. Er verlangt eine Reduktion der Geldstrafe auf drei Tagessätze à Fr. 20.--.

6.2 Der Strafrahmen für die fahrlässige Körperverletzung bewegt sich zwischen einer Geldstrafe von einem bis 360 Tagessätzen oder einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (Art. 125 Abs. 1, Art. 34 Abs. 1 StGB). Gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Nach Art. 47 Abs. 2 StGB wird das Verschulden nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Das Gericht bestimmt die Anzahl Tagessätze nach dem Verschulden des Täters (Art. 34 Abs. 1 Satz 2 StGB). Es bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 StGB). Das Bundesgericht greift in die Strafzumessung nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f. mit Hinweisen).

6.3 Die Vorinstanz berücksichtigt bei den Tatkomponenten die schmerzhaften Verletzungsfolgen des Beschwerdegegners, welche zu einer halbjährigen Arbeitsunfähigkeit führten. Zugunsten des Beschwerdeführers wertet sie, dass er nur einen kurzen Moment unaufmerksam gewesen ist und den Beschwerdegegner ein Mitverschulden am Unfall trifft. In Bezug auf die Täterkomponente gewichtet sie das Fehlen von Vorstrafen und Administrativmassnahmen im Strassenverkehr sowie das Geständnis in den wesentlichen Belangen strafmindernd. Gestützt darauf gelangt die Vorinstanz zu einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen. Zur Berechnung der Tagessatzhöhe geht sie von einem Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers von Fr. 4'600.-- sowie einer Rente von Fr. 1'034.--, d.h. insgesamt Fr. 5'634.--, aus. Unter Berücksichtigung der Unterstützungspflichten für zwei Kinder (Jahrgang 1991 und 1995) setzt sie den Tagessatz auf Fr. 100.-- fest.

6.4 Die Vorinstanz legt sowohl die Tatkomponenten als auch die Täterkompomenten korrekt und vollständig dar. Sie bewertet das Verschulden des Beschwerdeführers innerhalb des Strafrahmens zu Recht als leicht und setzt die Geldstrafe im untersten Bereich an. Die Vorinstanz verletzt daher kein Bundesrecht, wenn sie die Strafe auf zehn Tagessätze Geldstrafe festlegt.

6.5 Die Bemessung der Tagessatzhöhe erfolgt nach dem Nettoeinkommensprinzip (BGE 134 IV 60 E. 5.4 S. 66 ff. mit Hinweisen). Ausgangspunkt bildet das Einkommen, das dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufliesst. Was gesetzlich geschuldet ist oder dem Täter wirtschaftlich nicht zufliesst, ist abzuziehen, so die laufenden Steuern, die Beiträge an die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung sowie die notwendigen Berufsauslagen bzw. bei Selbständigerwerbenden die branchenüblichen Geschäftsunkosten (BGE 134 IV 60 E. 6.1 S. 68 f.).

6.6 Bei einem Monatseinkommen von Fr. 5'634.-- und Unterstützungspflichten gegenüber zwei Kindern im Alter von 14 bzw. 18 Jahren liegt ein Tagessatz von Fr. 100.-- bei einer Strafe von 10 Tagessätzen noch im Bereich, in welchem das Existenzminimum des Beschwerdeführers nicht tangiert wird. Entgegen den Einwänden in der Beschwerde verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht, wenn sie den Kriterien des Existenzminimums und Lebensaufwands nicht durch Gewährung eines zusätzlichen Pauschalabzugs Rechnung trägt. Denn diese dienen lediglich als Korrektiv des errechneten Tagessatzes nach erfolgtem Pauschalabzug für die laufenden Steuern, die Beiträge an die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung sowie die notwendigen Berufsauslagen. Bei der Anwendung der Kriterien zur Berechnung der Höhe des Tagessatzes (vgl. E. 6.5 hiervor) ist ein Tagessatz von Fr. 100.-- vertretbar. Das Vorgehen der Vorinstanz und die von ihr festgestellten Zahlen (vgl. E. 6.3 hiervor) sind nicht zu beanstanden. Die Berechnung der Tagessatzhöhe durch die Vorinstanz verletzt damit kein Bundesrecht. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

7.
7.1 Die Vorinstanz hat zur Haftungsquote ausgeführt, die Betriebsgefahr beider Fahrzeuge habe sich gleich massgeblich ausgewirkt. Beiden Unfallbeteiligten sei eine Verletzung von Verkehrsregeln anzulasten. Dem Beschwerdegegner sei nicht bloss eine Unachtsamkeit vorzuwerfen, sondern er habe willentlich eine stockende bzw. stehende Kolonne überholt, obwohl er nicht die Gewissheit gehabt habe, rechtzeitig und ohne Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer wieder einzubiegen. Er habe damit rechnen müssen, dass einzelne Fahrzeuge aus der Kolonne ausscheren, namentlich um ein Wendemanöver zu vollziehen. Beide Unfallbeteiligten hätten die gelbe Sicherheitslinie der Busspur überfahren. Den Beschwerdegegner treffe mindestens ein gleich grosses Verschulden am Unfall wie den Beschwerdeführer, weshalb die Haftungsquote auf je 50% festzulegen sei.

7.2 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Art. 9 BV verletzt, indem sie die Haftungsquote für den dem Beschwerdegegner entstandenen Schaden willkürlich auf lediglich 50% festgelegt habe. Sie habe die Verschuldensanteile des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners falsch gewichtet. Sie habe festgestellt, dass der Beschwerdeführer lediglich einen Moment unaufmerksam gewesen sei, während es sich beim Beschwerdegegner nicht um eine blosse Unachtsamkeit handle. Wenn sie dennoch die Haftungsquote auf je 50% festlege, geschehe dies willkürlich abweichend vom Verschuldensanteil und unverhältnismässig zu Lasten des Beschwerdeführers. Seine Haftungsquote sei auf 20% herabzusetzen.

7.3 Inhaltlich rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 9 BV. Indem er aber in seiner Begründung eine andere Aufteilung der Haftungsquoten verlangt, macht er sinngemäss die Verletzung der entsprechenden bundesrechtlichen Bestimmungen im Strassenverkehrs-

recht, Obligationenrecht und Opferhilfegesetz geltend. Jedenfalls genügt der Beschwerdeführer mit der Bezifferung der Haftungsquoten seiner Substanziierungspflicht (Urteil 6S.107/2007 E. 3.). Das Bundesgericht wendet im Übrigen das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG).

7.4 Wird bei einem Unfall, an dem mehrere Motorfahrzeuge beteiligt sind, ein Halter körperlich geschädigt, so wird der Schaden den Haltern aller beteiligten Motorfahrzeuge nach Massgabe des von ihnen zu vertretenden Verschuldens auferlegt, wenn nicht besondere Umstände, namentlich die Betriebsgefahren, eine andere Verteilung rechtfertigen (Art. 61 Abs. 1 SVG). Für den Sachschaden eines Halters haftet ein anderer Halter nur, wenn der Geschädigte beweist, dass der Schaden verursacht wurde durch Verschulden oder vorübergehenden Verlust der Urteilsfähigkeit des beklagten Halters oder einer Person, für die er verantwortlich ist, oder durch fehlerhafte Beschaffenheit seines Fahrzeuges (Art. 61 Abs. 2 SVG). Art und Umfang des Schadenersatzes sowie die Zusprechung einer Genugtuung richten sich nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes über unerlaubte Handlungen (Art. 62 Abs. 1 SVG). Inhaltlich entspricht die Regelung in Art. 61 Abs. 1 SVG jener in Art. 61 Abs. 2 SVG, auch wenn der Wortlaut nicht identisch ist (URBAN HULLIGER, Bedeutung und Gewichtung der Betriebsgefahr in Art. 60 und 61 SVG, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2004, S. 163). Das Verschulden ist primäres Kriterium der Haftungsaufteilung. Die Bedeutung des Verschuldens wird insoweit relativiert, als besondere Umstände, namentlich die Betriebsgefahren, eine andere Verteilung der Haftungsquote rechtfertigen können. Der schuldlose Halter hat daher einen Teil des Schadens zu übernehmen, wenn sich die Betriebsgefahr seines Fahrzeugs besonders stark ausgewirkt hat oder wenn den allein schuldigen Halter nur ein geringfügiges Verschulden trifft (BGE 123 III 274 E. 1a/bb S. 277). Die Beurteilung der Umstände im Sinne von Art. 61 Abs. 1 SVG beruht weitgehend auf richterlichem Ermessen, welche das Bundesgericht an sich frei überprüft. Indessen übt es dabei Zurückhaltung und greift nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von den in der Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid keine Rolle hätten spielen dürfen oder wenn sie Umstände ausser Betracht gelassen hat, welche entscheidwesentlich waren (BGE 123 III 274 E. 1a/cc S. 279).

7.5 Nach den Ausführungen der Vorinstanz war der Beschwerdeführer für einen kurzen Moment unachtsam, indem er vor dem Wendemanöver keinen Blick über die Schulter zurück getätigt hat. Der Beschwerdegegner hat sich bewusst über Verkehrsregeln hinweggesetzt, indem er eine stehende Kolonne links überholt hat. Dabei hat er gemäss eigenen Aussagen noch auf 40 km/h beschleunigt, um eine Kollision zu verhindern, währenddessen der Beschwerdeführer nach seinen Aussagen lediglich im Schritttempo gefahren ist (angefochtenes Urteil S. 9). Beide Parteien sind mit ihrem Verhalten ein Risiko eingegangen, wobei die kurze Unachtsamkeit des Beschwerdeführers gegenüber dem Handeln des Beschwerdegegners weniger schwer wiegt.
Daneben ist im konkreten Fall auch die Betriebsgefahr zu berücksichtigen, welche sich sich hauptsächlich durch die Geschwindigkeit und das Gewicht eines Fahrzeugs auswirkt (ROLAND BREHM, Betriebsgefahr und Betriebsvorgang des Motorfahrzeugs, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2005, S. 126 f.). Vorliegend hat sich vorwiegend die Betriebsgefahr des Autos des Beschwerdeführers mit der grösseren Masse auf die Verletzungsfolgen des Beschwerdegegners ausgewirkt, indem es ihn seitlich mit dem linken Kotflügel am Fusspedal touchiert hat (angefochtenes Urteil S. 8). Eine solche seitliche Kollision mit denselben Verletzungsfolgen hätte sich beispielsweise auch mit einem Fahrradfahrer ereignen können, welchen der Beschwerdeführer übersehen hätte.
Im Ergebnis ist daher die Festlegung einer Haftungsquote von 50% zulasten des Beschwerdeführers nicht unangemessen hoch. Zwar ist das Verschulden des Beschwerdeführers kleiner

als jenes des Beschwerdegegners, doch hat sich im Verletzungserfolg vor allem die Betriebsgefahr des Beschwerdeführers ausgewirkt.

8.
8.1 Die Vorinstanz hat dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung von Fr. 2'700.-- für die Kosten seiner anwaltlichen Vertretung in der Untersuchung und im erstinstanzlichen Verfahren zugesprochen. Sie hat dazu ausgeführt, eine solche Entschädigung sei mit der Berufungsschrift nicht beantragt worden. Zur Kostenverteilung stützt sie sich auf § 188 Abs. 1 der Strafprozessordnung des Kantons Zürich (StPO/ZH, LS 321), wonach die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens dem Verurteilten aufzuerlegen sind. Die Höhe der Prozessentschädigung hat die Vorinstanz nicht weiter begründet.

8.2 Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Zusprechung einer Parteientschädigung von Fr. 2'700.-- an den Beschwerdegegner für das erstinstanzliche Verfahren. Er macht geltend, die Zusprechung einer Prozessentschädigung sei willkürlich. Der Beschwerdegegner sei während der Untersuchung nicht und im erstinstanzlichen Verfahren nur auf dem Papier vertreten gewesen. Der Vertreter des Beschwerdegegners sei weder an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung erschienen, noch habe er eine Stellungnahme eingereicht und es habe mangels Teilnahme an der Hauptverhandlung keine Instruktionsarbeit im Hintergrund geleistet werden müssen. Der Beschwerdegegner habe keine Entschädigung für das erstinstanzliche Verfahren beantragt und keine Kostennote eingereicht. Eine Prozessentschädigung sei lediglich für tatsächlich anfallende Kosten zu leisten, welche vorliegend fehlen würden.

8.3 Auch wenn der Beschwerdegegner an der erstinstanzlichen Verhandlung nicht anwesend war, so hat er sich doch am Verfahren beteiligt. Sein Vertreter hat bereits im Untersuchungsverfahren am 26. September 2007 die Akten einverlangt (act. 20/2), um sie im Hinblick auf einen allfälligen Rückzug des Strafantrags zu studieren. Zu diesem Zweck musste er den Fall mit seinem Klienten, dem Beschwerdegegner, besprechen. Weiter hat er Arztzeugnisse eingereicht (act. 4). Der Beschwerdegegner selbst hat eine Zivilforderung geltend gemacht (act. 3). Er hat die Zusprechung einer Parteientschädigung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zwar nicht in der Berufungsschrift, aber im Plädoyer (act. 48, S. 7) beantragt und die entsprechenden Parteikosten auf Fr. 4'000.-- beziffert. Die Pauschalisierung der Parteientschädigung ohne Einholung einer Kostennote ist im Ergebnis nicht unhaltbar, da der Beschwerdeführer seine Aufwendungen für das Verfahren vor erster und zweiter Instanz mit Fr. 4'000.-- beziffert hat und die Vorinstanz die Angemessenheit der Forderung anhand des ortsüblichen bzw. gerichtsnotorischen Stundenansatzes für Anwälte abschätzen kann. Im Ergebnis erweist sich die Zusprechung einer pauschalen Entschädigung von Fr. 2'700.-- für die Vertretung im Untersuchungs und erstinstanzlichen Verfahren nicht als willkürlich, deckt diese doch einen durchschnittlichen Arbeitsaufwand von wenigen Stunden ab.
Dass und inwiefern die Vorinstanz Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts willkürlich angewendet habe, macht der Beschwerdeführer nicht geltend, weshalb dies nicht zu prüfen ist.

9.
Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. Februar 2009
Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Favre Koch

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_39/2012

Urteil vom 23. April 2012
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Rottenberg Liatowitsch, Kiss,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
D._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Max Sidler,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hans-Ulrich Brunner,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Haftung des Motorfahrzeughalters,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2010 und den Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 27. Dezember 2011.

Sachverhalt:

A.
Am 1. März 1997 verursachte ein bei der X._____ AG (Beschwerdegegnerin) versicherter Lenker einen Unfall, bei welchem D._____ (Beschwerdeführerin) als Beifahrerin Verletzungen erlitt. Am 9. Mai 2007 erhob die Beschwerdeführerin Klage beim Handelsgericht Zürich. Sie verlangte zunächst Schadenersatz "nach dem freien richterlichen Ermessen", wobei sie den Streitwert mit Fr. 1'500'000.-- angab. Nachdem sie mit Verfügung vom 11. Mai 2007 aufgefordert worden war, ihr Rechtsbegehren zu beziffern, stellte sie mit Eingabe vom 15. Mai 2007 das Rechtsbegehren, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 1'000'000.-- nebst Zins zu bezahlen, und es sei unter Vorbehalt der Klageänderung davon Vormerk zu nehmen, dass es sich um eine Teilklage handle.

B.
Das Verfahren wurde auf die Frage der Verjährung beschränkt. Mit Urteil vom 19. März 2008 wies das Handelsgericht die Klage infolge Verjährung ab. Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht gut und wies die Sache zur materiellen Entscheidung an das

Handelsgericht zurück (BGE 134 III 591). Daraufhin setzte der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin Frist zur Replik an und verband dies mit diversen Substanziierungshinweisen. So sei unter anderem genau anzugeben, wie sich der Klagebetrag rechne. Nachdem die Beschwerdeführerin die Replik erstattet hatte, verwies der Instruktionsrichter auf die genannten Substanziierungshinweise und setzte der Beschwerdeführerin Frist, ihr Rechtsbegehren zu beziffern, und zwar in einer Weise, dass klar aufscheint, welche konkreten Schadenselemente in welcher konkreten Höhe eingeklagt seien. Daraufhin beantragte die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten ihr "vorläufig einmal" den Betrag von Fr. 1'500'000.-- nebst Zins seit dem 1. März 1997 zu bezahlen.

C.
Mit Urteil vom 28. September 2010 wies das Handelsgericht die Klage erneut ab. Die dagegen erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 27. Dezember 2011 ab, soweit darauf eingetreten werden konnte. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht im Wesentlichen, den Entscheid des Handels- und jenen des Kassationsgerichts aufzuheben, festzustellen, dass das Handelsgericht des Kantons Zürich kein unabhängiges und unparteiisches Gericht und Handelsrichter Stephan Weber kein unparteiischer Richter sei, und die Sache zur Beurteilung der Schadenersatzansprüche an das Handelsgericht zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, während die kantonalen Instanzen auf Vernehmlassung verzichten.

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, das Handelsgericht sei kein unabhängiges und unparteiisches Gericht, und sie stellt die Unparteilichkeit des Handelsrichters Weber in Abrede.

1.1 Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ist es nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang noch später vorzubringen (BGE 135 III 334 E. 2.2 S. 336 mit Hinweisen). Zudem sind nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts sowohl dieses selbst als auch die kantonalen Instanzen an die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, gebunden. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es ihnen wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren (BGE 135 III 334 E. 2 und 2.1 S. 335 mit Hinweisen).

1.2 Die Beschwerdeführerin ist bereits einmal an das Bundesgericht gelangt. Die Frage, ob das Handelsgericht als unabhängiges und unparteiisches Gericht angesehen werden kann, hätte sich bereits in diesem Zeitpunkt gestellt. Daher ist es grundsätzlich nicht zulässig, den Prozessstoff nach dem Rückweisungsentscheid nachträglich auszuweiten. Die Beschwerdeführerin macht zwar geltend, sie habe von den Missständen erst aufgrund einer Publikation erfahren und danach umgehend gerügt. Sie zeigt aber nicht im Einzelnen auf, welche "Missstände" sie erst aufgrund dieser Publikation hätte erkennen können, sondern diskutiert die kantonalrechtlichen Bestimmungen über die Zusammensetzung des Handelsgerichts. Weshalb diesbezügliche Ausführungen nicht bereits anlässlich der

Anfechtung des ersten Urteils hätten erfolgen können, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf. Damit ist auf ihre Ausführungen unabhängig von der Frage, ob sie ihr Recht, die mangelnde Unabhängigkeit zu rügen, durch verspätete Anrufung nach Treu und Glauben verwirkt hat, bereits zufolge der Bindung an den Rückweisungsentscheid nicht einzutreten.

1.3 Handelsrichter Weber war am vom Bundesgericht beurteilten Entscheid des Handelsgerichts noch nicht beteiligt. Gemäss den Feststellungen des Kassationsgerichts erlangte die Beschwerdeführerin erst mit dem nunmehr angefochtenen Urteil des Handelsgerichts Kenntnis von seiner Beteiligung, die sie in ihrer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde umgehend rügte. Die Rüge, Handelsrichter Weber sei befangen, ist daher zulässig.

1.4 Das Kassationsgericht hat im Wesentlichen auf die Stellungnahme des Handelsrichters abgestellt. Die darin enthaltenen Ausführungen stellt die Beschwerdeführerin in tatsächlicher Hinsicht nicht in Abrede. Sie ist aber der Meinung, gestützt darauf sei die Befangenheit ausgewiesen.
1.4.1 Handelsrichter Weber hatte im Wesentlichen ausgeführt, er sei bis Ende 2001 Mitglied der Direktion der Beschwerdegegnerin gewesen. Im Jahr 2002 sei die Herstellerin des Leonardo-Programmes gegründet worden, an welcher die Beschwerdegegnerin zu 40 %, er selbst und Rechtsanwalt F._____ je mit 30 % beteiligt gewesen seien. Die Beschwerdegegnerin habe nebst anderen Beteiligten die Weiterentwicklungen während weiteren drei Jahren mitfinanziert. Im Gegenzug seien Vergünstigungen für den Bezug von Software eingeräumt worden. Im Jahr 2004 hätten F._____ und er die von der Beschwerdegegnerin gehaltenen Aktien im Nennwert von Fr. 96'000.-- zu einem Kaufpreis von Fr. 48'000.-- übernommen. Zudem sei der Beschwerdegegnerin für Fr. 96'000.-- das Recht eingeräumt worden, Lizenzen bzw. Wartungsgebühren (Updates) zu beziehen. Weitere Sonderkonditionen bestünden nicht. Für Lizenzen und Wartung seien der Herstellerin des Leonardo-Programmes von der Beschwerdegegnerin in den letzten fünf Jahren insgesamt Fr. 240'000.-- vergütet worden, was rund 4 % des Gesamtumsatzes entspreche.
1.4.2 Das Kassationsgericht ging davon aus, bis zum Jahr 2004 habe eine enge Beziehung zwischen dem Handelsrichter und der Beschwerdegegnerin bestanden. Seit der Übernahme der Aktien der Beschwerdegegnerin und damit seit sechs Jahren vor Ausfällung des angefochtenen Urteils des Handelsgerichts bestehe bloss eine branchenübliche Geschäftsbeziehung zwischen der Beschwerdegegnerin und der Herstellerin des Leonardo-Programmes, bzw. Handelsrichter Weber. Der Anteil von 4 % am Gesamtumsatz sei nicht dominierend. Da das Leonardo-Programm für entsprechende Berechnungen üblicherweise angewendet werde, bestünden für die Beschwerdegegnerin, wenn überhaupt, nur geringe Möglichkeiten, auf ein Konkurrenzprodukt auszuweichen. Die heutige Geschäftsbeziehung begründe kein Abhängigkeitsverhältnis zur Beschwerdegegnerin. Einem Richter könne grundsätzlich zugetraut werden, dass er mehrere Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beziehungsweise der Beteiligung der Beschwerdegegnerin an der Aktiengesellschaft, mit welcher der Handelsrichter verbunden ist, über die nötige Distanz verfüge, um unvoreingenommen zu urteilen.
1.4.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, massgebend sei nicht, was von einem Richter erwartet werden könne, sondern ob objektiv der Anschein der Befangenheit bestehe. Handelsrichter Weber sei als bei der Beschwerdegegnerin angestellter Schadensleiter Chef der seit 1997 bis heute mit dem Fall betrauten Sachbearbeiter gewesen. Er habe die Verantwortung für die Rückstellungen in diesem Komplexschaden mit einem Schadensvolumen von über einer Million Franken getragen. Auch zur Anerkennung relativ kleiner Beträge habe die Person, die den Schadensfall betreute, jeweils das Einverständnis ihres Vorgesetzten, des Direktors und Schadensleiters, einholen müssen. Mit Bezug auf die

Geschäftsbeziehungen komme es nicht darauf an, ob diese branchenüblich seien. Gerade weil die Barwerttafeln als Normhypothesen gesetzesähnlichen Charakter hätten, könne eine allzu versicherungsfreundliche [sic! gemeint ist wohl eine allzu versichertenfreundliche bzw. versicherungsfeindliche] Kommentierung (wie zum Beispiel, dass der Kapitalisierungszinsfuss schlicht nicht mehr haltbar sei) dazu führen, dass die Nachfolgebestellungen für das Leonardo-Programm stark zurückgingen. Die Geschäftsbeziehung als solche erwecke den äusseren Anschein der Befangenheit.

1.5 Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn sich im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten ergeben, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei kommt es nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei an. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist (BGE 134 I 238 E. 2.1 S. 240; 136 I 207 E. 3.1 S. 210; je mit Hinweisen).
1.5.1 Handelsrichter Weber war Mitglied der Direktion der Beschwerdegegnerin, so dass zu dieser eine enge Beziehung bestand. Dass es zu Prozessen über Schäden kommt, gehört aber zum Geschäftsalltag der Beschwerdegegnerin. Diese hat zwar ein Interesse an einem für sie günstigen Ausgang des Verfahrens. Ein solcher ist für sie aber offensichtlich nicht von existenzieller Bedeutung. Mit Bezug auf derartige Alltagsfälle genügt allein die Tatsache, dass Handelsrichter Weber vor Jahren Mitglied der Direktion der Beschwerdegegnerin war und danach während einer gewissen Zeit in enger geschäftlicher Beziehung zu ihr stand, bei objektiver Betrachtung nicht, um den Anschein der Befangenheit und der Voreingenommenheit zu erwecken. Das Abhängigkeits- oder spezifische Näheverhältnis, das objektiv geeignet war, den Anschein der Befangenheit hervorzurufen (vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 106 f.), bestand im Zeitpunkt der Urteilsfällung bereits seit mehreren Jahren nicht mehr.
1.5.2 Handelsrichter Weber war allerdings zu einem Zeitpunkt für die Beschwerdegegnerin tätig, als diese den Schadensfall der Beschwerdeführerin bereits bearbeitete. Hätte er sich bereits während seiner Anstellung mit dem zu beurteilenden Fall befasst, bestünde die Möglichkeit, dass er sich bereits eine Meinung über die Angelegenheit gebildet hat, was objektiv betrachtet den Anschein der Befangenheit erwecken kann. Wie es sich damit verhält, kann aber offen bleiben. Die Beschwerdeführerin beruft sich vor Bundesgericht zwar auf eine Vorbefassung wegen der Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin. Dem Entscheid des Kassationsgerichts und den darin wiedergegebenen Ausführungen des Handelsrichters ist dazu aber nichts zu entnehmen. Der Beschwerdeführerin wurden diese zur Stellungnahme unterbreitet, wovon sie keinen Gebrauch gemacht hat. Sie hat insbesondere vom Handelsrichter keine weiteren Auskünfte betreffend eine allfällige Vorbefassung verlangt. Spätestens die Stellungnahme des Handelsrichters, in der er die Funktion, die er bei der Beschwerdeführerin inne hatte, offen legte, hätte Anlass zu den Behauptungen zur Vorbefassung gegeben, welche die Beschwerdeführerin nun dem Bundesgericht vorträgt.

Dass sie diese im kantonalen Verfahren bereits aufgestellt hätte, zeigt sie nicht auf und ist dem Entscheid des Kassationsgericht nicht zu entnehmen. Damit sind die Vorbringen im bundesgerichtlichen Verfahren verspätet (Art. 99 Abs. 1 BGG). Auf die Rüge ist nicht einzutreten.
1.5.3 Mit Bezug auf die Barwerttafeln und das Leonardo-Programm ist zwar denkbar, dass eine allzu versicherungsfeindliche Kommentierung zu einem Rückgang der Nachfolgebestellungen führen könnte. Hier geht es aber nicht um die Barwerttafeln oder deren Kommentierung, sondern um die Entscheidung eines Einzelfalles. Dass die Versicherung wegen einer derartigen Einzelfallentscheidung auf die Benutzung des Leonardo-Programmes verzichten würde, ist bei objektiver Betrachtung nicht anzunehmen, zumal gemäss den Feststellungen der Vorinstanz kaum Alternativprodukte auf dem Markt erhältlich sind. Auch mit Blick auf das Leonardo-Programm ist mithin nicht dargetan, dass Handelsrichter Weber befangen war.

2.
Das Handelsgericht erachtete die Ausführungen der Beschwerdeführerin betreffend die Anrechnung der geltend gemachten Ansprüche an den eingeklagten Teilbetrag als ungenügend. Das Klagefundament lasse keine Beurteilung der Teilklage zu.

2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe nicht eine Teilklage, sondern eine unbezifferte Klage eingereicht. Es verletze Art. 42 Abs. 2 OR, eine Bezifferung zu verlangen. Überdies stelle es eine willkürliche Anwendung der Dispositionsmaxime dar, das abschliessende Rechtsbegehren ("vorläufig einmal den Betrag von Fr. 1'500'000.--") als Teilklage zu qualifizieren.

2.2 Die Beschwerdeführerin war bereits zur Bezifferung ihres Anspruchs angehalten worden, bevor sie zum ersten Mal an das Bundesgericht gelangt war. Mit Eingabe vom 15. Mai 2007 hatte sie das Rechtsbegehren gestellt, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 1'000'000.-- nebst Zins zu bezahlen, und es sei unter Vorbehalt der Klageänderung davon Vormerk zu nehmen, dass es sich um eine Teilklage handle. Die Beschwerdeführerin bringt vor, in dieser Eingabe habe sie darauf hingewiesen, die Verfügung vom 11. Mai 2007, mit der sie unter der Androhung, dass sonst nicht auf die Klage eingetreten werde, zur Bezifferung der Klage angehalten worden sei, verstosse gegen Bundes- und kantonales Recht. Auf den nunmehr geltend gemachten formellen prozessualen Mangel der Verfügung hätte sich die Beschwerdeführerin, auch wenn der Prozess vorerst auf die Frage der Verjährung beschränkt war, bereits in ihrer ersten Beschwerde an das Bundesgericht berufen können und müssen. Es musste ihr bewusst sein, dass das Handelsgericht sonst ihr Begehren nach dem Rückweisungsentscheid als Teilklage behandeln und den Prozess entsprechend weiterführen würde. Gemäss Rückweisungsentscheid war eine Teilklage über Fr. 1'000'000.-- zu beurteilen. Damit hat es sein Bewenden.

3.
Die Beschwerde erweist sich insgesamt als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 15'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 17'000.-- zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Handelsgericht des Kantons Zürich und dem Kassationsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. April 2012

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Luczak

43. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. Versicherung AG gegen A.Y. und B.Y. (Beschwerde in Zivilsachen)
4A_364/2011 vom 7. Februar 2012

Regeste

Art. 58 und 65 SVG; Haftung für Schockschäden von Angehörigen unmittelbarer Unfallopfer. Wer infolge der Nachricht über den Unfalltod eines Angehörigen einen Schock erleidet, ist ein aus dem Unfallereignis direkt Geschädigter und kann als solcher vom Unfallverursacher grundsätzlich Schadenersatz und Genugtuung für seine eigene gesundheitliche Beeinträchtigung verlangen (BGE 112 II 118). Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung, wenn sich die Haftung auf Art. 58 SVG stützt (E. 2 und 3). Frage einer Haftungsbegrenzung (E. 4).

Sachverhalt ab Seite 277

BGE 138 III 276 S. 277
Am 1. November 2002 starb der 17-jährige C.Y. bei einem von D. verursachten Verkehrsunfall auf der Autobahn A 14 in Z. Die Eltern des Unfallopfers, A.Y. und B.Y. (Beschwerdegegner), wurden noch in der Unfallnacht von Bekannten über den Unfalltod ihres Sohnes informiert.
Die Beschwerdegegner erhoben am 20. Mai 2009 beim Kantonsgericht Zug eine Teilklage gegen die X. Versicherung AG (Beschwerdeführerin), den Haftpflichtversicherer des Unfallverursachers. Mit präzisiertem Rechtsbegehren vom 10. Mai 2010 beantragten sie unter Vorbehalt des Nachklagerechts sowie der Präzisierung nach dem Beweisverfahren, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, für die 12 Monate vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2005 dem Beschwerdegegner Fr. 37'436.55 und der Beschwerdegegnerin Fr. 38'544.70, je nebst Zins, für Erwerbsausfall und Haushaltschaden sowie als Genugtuungsrente zu bezahlen. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus, der schmerzhafte und unvermittelte Verlust ihres Sohnes und die aufwühlenden Begleitumstände hätten bei ihnen zu einem Schock geführt, von dessen Folgen sie sich bis heute nicht mehr hätten erholen können. Sie seien beide in eine Depression gefallen, arbeitsunfähig geworden und würden heute eine IV-Rente beziehen.
Die Beschwerdeführerin stellte sich u.a. auf den Standpunkt, Art. 58 SVG, auf den die Beschwerdegegner ihre Ansprüche stützen,
BGE 138 III 276 S. 278
verlange eine direkte Schädigung durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges. Damit werde der Kreis der Schadenersatzberechtigten vom SVG auf die direkt Unfallbeteiligten beschränkt. Die Schädigung durch die Nachricht vom Tod eines Angehörigen reiche im Strassenverkehrsrecht nicht, um eine Haftpflicht zu begründen.
Das Kantonsgericht machte die Frage der Haftung "im Sinne der Einrede der Beschwerdeführerin" zum Gegenstand eines Vorentscheids und stellte mit Urteil vom 25. Oktober 2010 fest, dass die Beschwerdeführerin gemäss Art. 58 Abs. 1 SVG für einen allfälligen Schockschaden der Beschwerdegegner hafte.
Eine von der Beschwerdeführerin gegen dieses Urteil erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Zug am 10. Mai 2011 ab, bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid und wies die Sache zur weiteren Entscheidung an das Kantonsgericht zurück.
Das Bundesgericht weist die von der Beschwerdeführerin gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab.

(Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Prozessthema des angefochtenen Entscheids bildet einzig, ob es sich bei der behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigung (Schädigung) der Beschwerdegegner um einen direkten Schaden handelt, für den der Unfallverursacher bzw. die Beschwerdeführerin als dessen Versicherung nach Art. 58 in Verbindung mit Art. 65 SVG grundsätzlich ersatzpflichtig ist, oder ob ein blosser Reflexschaden aus der Schädigung des Sohnes behauptet ist, für den keine Ersatzpflicht besteht. Noch nicht entschieden ist dagegen, ob der behauptete Schaden tatsächlich besteht und die adäquat-kausale Folge des für den Sohn der Beschwerdegegner tödlichen Unfalls ist.

2.1 Nach der Beschwerdeführerin ist die angebliche gesundheitliche Beeinträchtigung bzw. der daraus resultierende Vermögensschaden der Beschwerdegegner ein indirekter Schaden bzw. ein Reflexschaden, da er nicht Folge einer direkten Beteiligung der Beschwerdegegner am Unfall sei, sondern bloss Folge der Nachricht über den Tod ihres Sohnes. Dafür habe der Halter des unfallverursachenden Fahrzeugs nicht aufzukommen.
Die Vorinstanz verwarf diese Auffassung und folgte dem gegenteiligen Standpunkt der Beschwerdegegner, diese seien, da in ihrer
BGE 138 III 276 S. 279
Gesundheit und damit in einem absolut geschützten Rechtsgut beeinträchtigt, als durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges im Sinne vonArt. 58 SVG direkt Geschädigte anzusehen, so dass die Beschwerdeführerin hafte. Sie stützte sich dabei massgeblich auf das in BGE 112 II 118 ff. publizierte Urteil des Bundesgerichts (sog. "Hunterurteil").

2.2 In diesem Entscheid beurteilte das Bundesgericht den Fall eines Vaters, der wegen der Nachricht über den Unfalltod zweier Söhne und die Verletzung seiner Ehefrau und eines weiteren Sohnes infolge des Absturzes eines Militärflugzeugs vom Typ "Hunter" in den Obstgarten, in dem diese arbeiteten, einen Nervenschock erlitten hatte und darob 50 % invalid geworden war. Es kam zum Schluss, dass der Vater durch das Unfallereignis bzw. die Nachricht über dieses in seiner körperlichen Integrität, mithin widerrechtlich, verletzt worden und damit ein direkt aus dem Unfallereignis Geschädigter sei, auch wenn der Schockschaden nicht die unmittelbare Folge des schädigenden Ereignisses sei. Demzufolge sprach es ihm über die Genugtuung für den Verlust der zwei Söhne hinaus Schadenersatz für seinen Erwerbsausfall und eine Genugtuung für seine eigene psychische Beeinträchtigung zu.
In der Begründung erinnerte das Bundesgericht zunächst daran, dass nach den Grundsätzen des schweizerischen Haftpflichtrechtes, die der Haftung vernünftige Grenzen setzen wollen, nur derjenige einen ersatzpflichtigen Schaden erlitten hat, der durch eine unerlaubte Handlung direkt betroffen ist und dem dadurch ein direkter Schaden in seinem Vermögen zugefügt worden ist; der Dritte, der nur aufgrund einer besonderen Beziehung zum Direktgeschädigten einen Reflexschaden - bzw. indirekten Schaden - erleidet, besitzt grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Schadensverursacher. Ausnahmen bestehen zum einen hinsichtlich der gesetzlichen Ansprüche auf Versorgerschaden (Art. 45 Abs. 3 OR) und auf Genugtuung (Art. 47 OR) bei Tod oder Körperverletzung eines Angehörigen. Zum anderen hat der Drittbetroffene einen Ersatzanspruch, wenn der Urheber der schädigenden Handlung eine Verhaltensnorm verletzt hat, die Dritte nach ihrem Zweck vor Beeinträchtigungen der eingetretenen Art schützen soll; die Frage, ob ein direkter (ersatzfähiger) oder ein indirekter Schaden (Reflexschaden, nicht ersatzfähiger Schaden) vorliegt, deckt sich insoweit mit der

Frage nach der Widerrechtlichkeit der Schädigung (vgl. BGE 112 II 118 E. 5b/c S. 124 f. mit Hinweisen; ferner: BGE 131 III 306 E. 3.1.1; BGE 127 III 403 E. 4b/aa S. 407; BGE 126 III 521 E. 2a; BGE 125 III 86 E. 3b).
BGE 138 III 276 S. 280
Im zu beurteilenden Fall erkannte das Bundesgericht, dass der mittelbar Geschädigte prinzipiell als widerrechtlich und mithin direkt Geschädigter betrachtet werden müsse, wenn er durch ein Schreckerlebnis in seinen absoluten, von der Rechtsordnung geschützten Rechten verletzt sei, wie in casu seiner psychischen bzw. körperlichen Integrität, die in allgemeiner Weise durch die den Art. 122 ff. StGB zugrunde liegenden Verbote geschützt sei; in einem solchen Fall müsse nicht abgeklärt werden, ob ein Verstoss gegen eine spezifische Verhaltensnorm vorliege (BGE 112 II 118 E. 5e; vgl. dazu auch BGE 112 II 220 E. 2a; ferner BGE 119 II 127 E. 3 S. 128; BGE 115 Ia 175 E. 2b S. 181). Es verwies zuvor auf ein Urteil aus dem Jahre 1897 (BGE 23 II 1033 E. 6), in dem es bereits in ähnlichem Sinn entschieden hatte, indem es bei der Schadenersatzbemessung berücksichtigte, dass die Ehefrau des Klägers als Folge eines tödlichen Unfalls ihres einzigen Kindes einen Nervenschock erlitten hatte, der einen materiellen und einen immateriellen Schaden nach sich ziehe (BGE 112 II 118 E. 5b S. 124). Sodann führte es aus, es könne nicht an einen Entscheid aus dem Jahre 1928 (BGE 54 II 138 E. 3) angeknüpft werden, in dem eine Entschädigung für einen entsprechenden Schaden mit dem Argument verweigert worden war, es handle sich dabei nicht um einen nach Art. 45 (und 47) OR ersatzfähigen Schaden. Denn die Beschränkung ersatzfähiger Schäden nach Art. 45 OR beziehe sich nicht auf Schäden als Folge der Beeinträchtigung Dritter in ihrer eigenen körperlichen Integrität, die durch die Rechtsordnung geschützt sei, sondern nur auf reine Vermögensschäden Dritter, die nur ersatzfähig seien, wenn der Urheber der schädigenden Handlung eine Verhaltensnorm verletzt hat, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll (BGE 112 II 118 E. 5e S. 128; vgl. auch BGE 119 II 127 E. 3 S. 128 f.; BGE 125 III 86 E. 3b). Die Person, die als Folge des Unfalls in ihrer körperlichen Integrität und damit in einem absolut geschützten Rechtsgut verletzt ist, sei im Lichte der allgemeinen Grundsätze des Haftpflichtrechts direkt durch eine widerrechtliche Handlung Geschädigter und könne vom Verursacher des daraus resultierenden Schadens Ersatz verlangen, unabhängig davon, ob die Kausalkette kürzer oder länger sei, d.h. ob die Beeinträchtigung direkt durch den Unfall verursacht sei oder bloss indirekt eine Person betreffe, die mit dem direkten Unfallopfer verbunden sei (BGE 112 II 118 E. 5e S. 127 f.).

3.

3.1 Diese Rechtsprechung stellt die Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich in Frage. Insoweit ist denn auch zu bemerken, dass das
BGE 138 III 276 S. 281
Hunterurteil in der Lehre einhellig begrüsst oder zumindest kritiklos gebilligt wurde. Soweit darüber eine Diskussion stattfindet, betrifft diese praktisch ausschliesslich die Begrenzung der Haftung in verschiedenen Konstellationen, die sich von derjenigen im Hunterfall unterscheiden (vgl. ERNST A. KRAMER, Schockschäden mit Krankheitswert - noch offene Fragen?, in: Festschrift für Helmut Koziol, Peter Apathy und andere [Hrsg.], Wien 2010, S. 743 ff., 744; *derselbe,* Die Kausalität im Haftpflichtrecht, ZBJV 1987 S. 289 ff., 310 ff., 312; PETER GAUCH, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996 S. 225 ff., 231; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2006, N. 24, 33a f. zu Art. 41 OR, N. 39c f. zu Art. 45 OR, N. 5b zu Art. 46 OR, N. 147a f. zu Art. 47 OR; HARDY LANDOLT, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2007, N. 114 in Vorbem. zu Art. 45/46 OR, N. 137 zu Art. 47 OR; *derselbe,* Ersatzpflicht für Schockschäden, in: Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, 2011, S. 361 ff., 364, 377; *derselbe,* Angehörigenschaden, Reflex- oder

Direktschaden - oder sogar beides?, HAVE 1/2009 S. 3 Rn. 34; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2008, Rz. 225, 353; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1, 4. Aufl. 1987, § 16 Fn. 151 und Bd. II/2, 4. Aufl. 1989, § 25 Fn. 525; ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2002, S. 74 und Bd. II, 2. Aufl. 1998, S. 53; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2009, Rz. 14.21; ALFRED KOLLER, in: Das Schweizerische Obligationenrecht, Guhl/Koller/Schnyder/Druey [Hrsg.], 9. Aufl. 2000, § 24 Rz. 17; HEIERLI/SCHNYDER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 5. Aufl. 2011, N. 9 zu Art. 41 OR, N. 1 zu Art. 47 OR; BEAT SCHÖNENBERGER, in: Obligationenrecht, Art. 1-529, 2008, N. 11 zu Art. 41 OR; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2010, S. 34 f. Rz. 116 ff.; LANDOLT/ROBERTO, Haftpflichtrecht, 2010, S. 17 f.; KIESER/LANDOLT, Unfall - Haftung - Versicherung, 2012, S. 528; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2008, S. 23 f. Rz. 63; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2005, § 1 Rz. 46, § 3 Rz. 31, § 4 Rz. 12; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 2. Aufl. 2011, § 2 Rz. 305; BEATRICE GURZELER, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung, 2005, S. 198 f.; WILLI FISCHER, Ausservertragliche Haftung für Schockschäden Dritter, 1988, S. 7 f.; ROLAND SCHAER, Schockschäden und psychische Überlagerungen, in: Relazioni tra diritto civile e assicurazioni sociali, Giordano Beati und andere [Hrsg.], 1993, S. 30 ff., der ein Begründungsdefizit in BGE 112 II 118
BGE 138 III 276 S. 282
beklagt und die Frage aufwirft, wie ersatzfähige und nicht ersatzfähige psychische Einwirkungen abzugrenzen wären [vgl. auch die Gegenmeinung dazu bei GURZELER, a.a.O., S. 145 ff. und 199 ff.]; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. II, 1988, Rz. 954; CHRISTOPH KARCZEWSKI, Die Haftung für Schockschäden, Frankfurt am Main 1992, S. 116; vgl. ferner: WIDMER/WESSNER, Erläuternder Bericht zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, 1999, S. 75 f., 98 f.).

3.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet indessen, dass sich ihre Haftung im vorliegenden Fall auf das Hunterurteil abstützen lässt. Sie rügt im Wesentlichen, die Vorinstanz habe Art. 58 SVG verletzt, indem sie den Beschwerdegegnern den "Direktgeschädigten-Status" gewährt habe. Art. 58 SVG statuiere nur dann eine Haftung des Halters, wenn und soweit der Schaden "durch den Betrieb" eines Motorfahrzeugs verursacht werde, was eine direkte Beziehung im Dreieck Betrieb - Opfer - Schaden voraussetze. Die Vorinstanz habe nicht Art. 58 SVG angewandt, sondern aus Art. 45 Abs. 3 OR und BGE 112 II 118 ff. direkt auf eine generelle Haftpflicht für Schockschäden im Strassenverkehr geschlossen und dabei die in Art. 58 SVG vorausgesetzte Betriebsursächlichkeit übergangen; diese Betriebsursächlichkeit sei im Hunterfall aufgrund des Wortlauts von Art. 64 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 748.0) nicht erforderlich gewesen. Die Vorinstanz habe zu Unrecht keine Differenzierung zwischen der Luftfahrt- und Motorfahrzeughaftpflicht vorgenommen.
Diese Argumentation überzeugt nicht. Zunächst trifft es nicht zu, dass die Vorinstanz ihr Urteil auch auf Art. 45 Abs. 3 OR gestützt hätte. Vielmehr zog sie als Haftungsnorm einzig Art. 58 SVG heran und bejahte in Anlehnung an BGE 112 II 118, dass nach den allgemeinen Grundsätzen des schweizerischen Haftpflichtrechts das Widerrechtlichkeitserfordernis und damit die grundsätzliche Ersatzfähigkeit des geltend gemachten Schockschadens gegeben sei. Dies ist nicht zu beanstanden. Im Hunterfall bestanden keinerlei Zweifel daran, dass der Tod der primär geschädigten Söhne des Klägers im Sinne von Art. 64 Abs. 1 LFG vom herabgestürzten Luftfahrzeug verursacht worden war und damit grundsätzlich die Schadenersatzpflicht der Eidgenossenschaft als Halterin des Luftfahrzeugs begründete. Die zu

entscheidende Frage war, ob die Ersatzpflicht des Halters des Luftfahrzeuges gegenüber dem damaligen Kläger auch für
BGE 138 III 276 S. 283
dessen eigene, ihm über die wegen des Verlusts seiner Kinder erlittene immaterielle Unbill hinaus zugefügte Beeinträchtigung in seiner psychischen Gesundheit bestand, obwohl diese nicht direkt durch den Flugunfall, bei dem er nicht zugegen war, verursacht wurde, sondern bloss mittelbar durch die Nachricht über das schreckliche Ereignis der Tötung seiner zu ihm in einer besonders nahen Beziehung (Eltern - Kind) stehenden Angehörigen bei diesem Unfall. Dies bejahte das Bundesgericht, wie dargelegt, da der Kläger als Folge des Flugunfalls in seinen durch die Rechtsordnung geschützten absoluten Rechten verletzt und damit widerrechtlich und direkt geschädigt worden sei (vgl. BGE 112 II 118 E. 5e S. 128).
Im vorliegenden Fall verhält es sich nicht anders. Auch vorliegend bestehen keine Zweifel und ist unbestritten, dass der tödliche Verkehrsunfall des Sohnes der Beschwerdegegner durch den Betrieb des Motorfahrzeuges im Sinne von Art. 58 SVG verursacht wurde, dessen Halter bei der Beschwerdeführerin versichert ist, und dass der Halter nach Art. 58 SVG grundsätzlich für den daraus adäquat-kausal entstandenen Schaden haftet. Die hier strittige Frage, ob die Beschwerdeführerin auch für den geltend gemachten Schockschaden haftet, den die beim Unfall nicht anwesenden Beschwerdegegner durch die Nachricht über den Unfalltod ihres Sohnes, mithin als mittelbare Folge des Unfalls, erlitten haben sollen, stellt sich damit in genau gleicher Weise wie beim Hunterfall und ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts auch in gleicher Weise zu beantworten, was die Vorinstanz zutreffend erkannte. Wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, aus BGE 112 II 118 könne für den vorliegenden Fall nichts abgeleitet werden, weil sich die Haftung damals auf Art. 64 LFG abgestützt habe, vermischt sie die Frage der grundsätzlichen Haftung für die Folgen des Unfalls mit derjenigen, ob eine Haftung auch für einen Schockschaden von nicht unmittelbar unfallbeteiligten Angehörigen besteht. Indem die Vorinstanz die Grundsätze, die im Hunterfall zur Bejahung der Haftung für den Schockschaden des Vaters führte, auf den vorliegenden Fall anwandte, nahm sie entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine "fundamentale Praxisänderung in der Motorfahrzeughaftpflicht" vor. So wird denn auch in der Literatur zum SVG davon ausgegangen, dass im Lichte der Rechtsprechung in BGE 112 II 118 E. 5 eine Haftung des Motorfahrzeughalters nach Art. 58 SVG auch für Schockschäden von Angehörigen unmittelbarer Unfallopfer in Betracht kommt
(SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, a.a.O., Rz. 954; HARDY
BGE 138 III 276 S. 284
LANDOLT, Immaterielle Unbill nach Verkehrsunfall, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2011, S. 67 ff., 72; OFTINGER/STARK, a.a.O., Bd. II/2, § 25 Fn. 525).
In diesem Zusammenhang ist auf den von der Beschwerdeführerin angerufenen BGE 106 II 75 einzugehen. In diesem Urteil war ein Fall zu beurteilen, in dem ein Traktor die Leitung einer öffentlichen Elektrizitätsversorgung beschädigt hatte. Dies führte zu einem Stromausfall, der in zwei Unternehmen verschiedene Schäden zur Folge hatte, für welche die Unternehmen als mittelbar aus dem schädigenden Ereignis Geschädigte gestützt auf Art. 58 Abs. 1 SVG Ersatz verlangten. Im vorangegangenen kantonalen Verfahren war die Haftung für den von einem der beiden Unternehmen erlittenen Sachschaden, mithin ein Schaden aus der mittelbaren Beeinträchtigung absoluter Rechtsgüter des Unternehmens, anerkannt worden, so dass dieser Punkt nicht mehr strittig und nicht mehr zu beurteilen war (dies wird von SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, a.a.O., Rz. 955 wohl übersehen). Das Bundesgericht verneinte eine Haftung für den weiteren, aus dem Betriebsausfall resultierenden Schaden mit der Begründung, es handle sich dabei um einen reinen Vermögensschaden bzw. "sonstigen Schaden", für den nach Art. 58 Abs. 1 SVG angesichts der darin vorgesehenen Beschränkung auf Personen- und Sachschäden keine Haftung bestehe (kritisch dazu: ERNST A. KRAMER,

"Reine Vermögensschäden" als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984 S. 128 ff.; WIDMER/WESSNER, a.a.O., S. 76). Bemerkenswert und im vorliegenden Zusammenhang von Interesse ist, dass das Bundesgericht eine Haftung für den Schaden aus Betriebsausfall allein mit dieser Begründung ablehnte, und nicht etwa weil Art. 58 SVG eine Haftung für die mittelbare Schädigung Dritter, die nicht unmittelbar vom auf den Betrieb des Motorfahrzeugs zurückzuführenden Unfallereignis betroffen waren, prinzipiell ausschliessen würde. Die Beschwerdeführerin kann demnach aus diesem Urteil nichts für ihren Standpunkt ableiten. Im Gegenteil spricht dieser Entscheid eher dafür, eine Haftung im vorliegenden Fall grundsätzlich zu bejahen.
Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie aus dem Wortlaut von Art. 58 SVG eine Beschränkung der Haftung auf Schäden, die den direkt am Unfallgeschehen Beteiligten erwachsen sind, herleiten will, die sich aus dem Wortlaut von Art. 64 LFG im Vergleich nicht ergebe, zumal sie dabei nur einen Teil des Wortlauts von Art. 64 LFG zitiert; eine entsprechende Beschränkung lässt
BGE 138 III 276 S. 285
sich aus dem Wortlaut von Art. 58 SVG genauso wenig entnehmen wie aus demjenigen von Art. 64 LFG. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin ist auch für eine Haftung nach Art. 64 LFG schon dem Wortlaut dieser Bestimmung nach eine "Betriebsursächlichkeit" erforderlich. So verlangt dieser, was die Beschwerdeführerin übergeht, dass der Schaden von einem im Fluge befindlichen Luftfahrzeug zugefügt wird. Darauf weiter einzugehen erübrigte sich im Hunterurteil, da keine Zweifel daran bestanden, dass die Tötung der unmittelbar bzw. primär geschädigten Kinder durch ein im Flug befindliches Luftfahrzeug, mithin durch den Betrieb eines solchen zugefügt worden war, und dass damit auch die weitere Folge des Schockschadens ihres Vaters indirekt auf den Betrieb des Luftfahrzeugs zurückzuführen war. Wie bereits die Erstinstanz zutreffend erwogen hat, weisen die Gefährdungshaftungen nach Art. 58 SVG und nach Art. 64 LFG identische Züge auf, indem damit dem Umstand Rechnung getragen wird, dass sich der Mensch beim Betrieb von Motorfahrzeugen und von Luftfahrzeugen grosse Energien dienstbar macht, um grosse Massen fortzubewegen, wodurch bedeutende Schäden verursacht werden können (OFTINGER/STARK, a.a.O., Bd. II/2, 4. Aufl. 1989, § 24 Rz. 9). Die Beschwerdeführerin zeigt keinerlei Gründe auf, die eine grundsätzliche Beschränkung der "Betriebshaftung" nach SVG im Gegensatz zu derjenigen nach dem LFG auf Schäden von unmittelbar Unfallbeteiligten rechtfertigen könnten; solche können namentlich nicht darin gesehen werden, dass das Risiko, einen Angehörigen bei einem Verkehrsunfall zu verlieren, statistisch gesehen viel höher ist als dasjenige, dass ein Angehöriger durch die Auswirkungen eines Flugunfalls auf der Erde den Tod findet.

3.3 Zuzugestehen ist der Beschwerdeführerin, dass der Betriebsbegriff nach Art. 58 SVG nicht so weit geht, dass dem Betrieb des unfallverursachenden Fahrzeugs auch die behaupteten Vorgänge in Q. und auf dem Polizeiposten R. zuzurechnen wären, womit sie wohl die von der Vorinstanz wiedergegebenen Behauptungen der Beschwerdegegner über belastende Begleitumstände meint, die über die blosse Nachricht vom Tod des Kindes hinausgehen und die psychische Schädigung der Beschwerdegegner mitverursacht haben sollen. Diese Vorgänge wären als weitere Teilursachen für die Schädigung zu betrachten, für die der Verursacher des Verkehrsunfalls nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Das Bestehen solcher weiterer Teilursachen ist indessen für die von der Vorinstanz
BGE 138 III 276 S. 286
entschiedene Frage über die grundsätzliche Haftung des Unfallverursachers für die geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Beschwerdegegner ohne Belang. Denn für eine solche genügt es, dass der durch den Betrieb des Fahrzeugs verursachte Tod des Kindes der Beschwerdegegner und die Nachricht darüber eine Teilursache für den

behaupteten Schockschaden ist (BGE 134 V 109 E. 9.5 S. 125 f.; BGE 133 III 462 E. 4.4.2 S. 470; BGE 129 V 177 E. 3.1 S. 181; BGE 115 V 359 E. 4b S. 360).

3.4 Zusammenfassend ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Haftung des Unfallverursachers für den von den Beschwerdegegnern behaupteten Schockschaden nach Art. 58 SVG nicht schon deshalb ausschloss, weil diese nicht unmittelbar vom Verkehrsunfall betroffen waren. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet.

4. Bei der Qualifizierung eines "reflektorischen" Schockschadens der vorliegenden Art als grundsätzlich ersatzfähiger Schaden ist - wie von der Beschwerdeführerin mehrfach angesprochen - die Gefahr einer Ausuferung der Haftung nicht von der Hand zu weisen und stellt sich die Frage nach einer vernünftigen Haftungsbegrenzung. In der Lehre wird bei der Ausdehnung der Haftung für indirekte (reflektorische) Schädigungen Dritter bzw. für Schäden von bloss mittelbar durch ein schädigendes Ereignis Betroffenen allgemein zur Vorsicht gemahnt, um eine Ausuferung der Haftung zu vermeiden (BREHM, a.a.O., N. 24a zu Art. 41 OR). Entsprechende Stimmen wurden in der Lehre insbesondere im Anschluss an zwei Urteile erhoben, in denen das Bundesgericht die Haftung für reine Vermögensschäden Dritter bejaht hatte, die indirekt als Folge der Beschädigung von Stromleitungen entstanden waren (BGE 101 Ib 252 E. 2; BGE 102 II 85 E. 6). Diese Entscheide stiessen in der Lehre allerdings namentlich deshalb auf Kritik, weil das Bundesgericht die Bestimmung von Art. 239 StGB als Norm qualifiziert hatte, die Dritte vor den Folgen der Beschädigung einer Stromleitung schützen will (vgl. insbesondere KRAMER, a.a.O., recht 1984 S. 133 f.; HANS MERZ, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, SPR Bd. VI/1, 1984, S. 191 f.; *derselbe*, ZBJV 1978 S. 129 ff.; PIERRE GIOVANNONI, Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, comparé aux droits allemand et français, ZSR 1977 I S. 31 ff., 60; PIERRE TERCIER, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Gauch/Schnyder [Hrsg.], 1977, S. 262 f.; ROBERTO, a.a.O., Rz. 145; REY, a.a.O., Rz. 700). Die
BGE 138 III 276 S. 287
Frage der Verletzung einer spezifischen Schutznorm stellt sich indessen im vorliegenden Fall, in dem eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität als mittelbare Folge des schädigenden Ereignisses geltend gemacht wird, nicht; auch ist in der Lehre im Anschluss an das Hunterurteil unbestritten geblieben, dass bei einer mittelbaren Schädigung Dritter in ihrer körperlichen Integrität, die in allgemeiner Weise durch die Rechtsordnung, namentlich durch die den Art. 122 ff. StGB zugrunde liegenden Verbote und durch Art. 28 ZGB geschützt ist, ohne weiteres ein Schutznormverstoss anzunehmen ist.
Allerdings wurde in der Lehre auch im Anschluss an den Hunterfall über eine vernünftige Haftungsbegrenzung bei Schockschadenfällen mit Hilfe der Adäquanztheorie, d.h. mittels Prüfung der Adäquanz des Kausalzusammenhangs zwischen dem unfallverursachenden Verhalten und dem eingetretenen Erfolg diskutiert. Im Vordergrund der Diskussion steht dabei insbesondere, wie eng die Beziehung zwischen dem direkten Unfallopfer und dem Schockgeschädigten sein muss (bzw. wie weit der Kreis der Ersatzberechtigten gezogen werden darf), wie schwer die Betroffenheit des direkten Unfallopfers sein muss (genügt nur eine Tötung oder reicht auch eine blosse Verletzung oder Bedrohung desselben aus?) und wie nahe das schockauslösende Miterleben sein muss (unmittelbares Miterleben des primären Schadensereignisses durch den Dritten, allenfalls mit Selbstgefährdung desselben [vgl. dazu BGE 51 II 73 E. 2 S. 79 f.] oder blosse Benachrichtigung darüber, allenfalls auch über die Medien), damit der vom Dritten erlittene Schaden dem Unfallverursacher billigerweise zugerechnet werden kann (vgl. GAUCH, a.a.O., recht 1996 S. 231; KRAMER, a.a.O., ZBJV 1987 S. 312 ff.; SCHAER, a.a.O., S. 32 ff.; FISCHER, a.a.O., S. 17 ff., 43; SCHWENZER, a.a.O., Rz. 50.10; vgl. zur Begrenzung der Haftung mit dem "Adäquanzkriterium" bei

indirekten Schädigungen Dritter bzw. bei Schockschäden ferner: BREHM, a.a.O., N. 31g zu Art. 41 OR; KOLLER, a.a.O., § 24 Rz. 17; KELLER, a.a.O., Bd. I, S. 81; GURZELER, a.a.O., S. 198 ff.; TERCIER, a.a.O., S. 266; HONSELL, a.a.O., § 3 Rz. 31; KRAMER, a.a.O., recht 1984 S. 128 ff., 134; PIERRE CAVIN, Le dommage indirect dans le droit de la responsabilité civile, Revue générale d'assurances terrestres 1975 S. 101 ff., 111; MERZ, ZBJV 1978 S. 131).
Im Hunterfall war weder der Schaden noch die natürliche Kausalität bestritten; das Bundesgericht bejahte die Adäquanz in der Folge angesichts der besonderen Umstände des Falles ohne eingehende
BGE 138 III 276 S. 288
Erwägungen darüber anzustellen (BGE 112 II 118 E. 5e S. 127 unten; der Entscheid wurde insoweit durch SCHAER [a.a.O., S. 31 f. und 35] kritisiert). Vorliegend zieht die Beschwerdeführerin in ihrer Argumentation verschiedentlich in Zweifel, ob bei den Beschwerdegegnern überhaupt ein Schaden mit Krankheitswert vorliegt, der adäquat-kausal auf den tödlichen Verkehrsunfall ihres Sohnes zurückzuführen ist, wenn auch diese Fragen noch nicht Thema des angefochtenen Entscheids und damit der bundesgerichtlichen Beurteilung bilden. Dem wird die Vorinstanz bzw. die Erstinstanz im Rahmen des fortzuführenden Verfahrens gebührend Rechnung zu tragen haben.

HAVE 2014 S. 275

Kein Mitverschulden bei Nichttragen eines Fahrradhelms

Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs VI ZR 281/13 vom 17. Juni 2014

Ralf-Thomas Wittmann

Kommt es zur Kollision eines Radfahrers im öffentlichen Strassenverkehr mit einem weiteren Verkehrsteilnehmer, der sich verkehrswidrig verhält, und erleidet der Radfahrer als Folge des unfallbedingten Sturzes eine Kopfverletzung, die durch das Tragen eines Fahrradhelmes verhindert oder gemindert worden wäre, so muss sich der Radfahrer, jedenfalls bei Unfallereignissen bis 2011, kein Mitverschulden wegen Nichttragens eines Fahrradhelms entgegenhalten lassen.

Sachverhalt:

Die Klägerin fuhr im Jahre 2011 mit ihrem Fahrrad auf dem Weg zur Arbeit auf einer innerstädtischen Strasse. Sie trug keinen Fahrradhelm. Am rechten Fahrbahnrand parkte ein Pkw. Die Fahrerin und Halterin des Pkw öffnete unmittelbar vor der sich nähernden Radfahrerin von innen die Fahrertür mit der Folge, dass die Klägerin nicht mehr ausweichen konnte, gegen die Fahrertür fuhr und zu Boden stürzte. Die Klägerin zog sich schwere Schädel-Hirn-Verletzungen zu. Mit ursächlich für das Ausmass dieser Verletzungen war das Nichttragen eines Fahrradhelms. Die Klägerin nahm daraufhin die Pkw-Fahrerin und deren Haftpflichtversicherung auf Schadenersatz und Schmerzensgeld in Anspruch. Die Beklagten hielten der Klägerin entgegen, sie habe an der Entstehung der Kopfverletzungen ein Mitverschulden von 50% getroffen, da sie keinen Schutzhelm getragen hatte.

Erwägungen:

Unstreitig verstiess die Pkw-Fahrerin gegen ihre Sorgfaltspflichten aus § 14 Abs. 1 StVO. Dieser Vorschrift zufolge musste sie sich beim Aussteigen aus ihrem Pkw so verhalten, dass eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ausgeschlossen war. Die Pkw-Fahrerin hätte daher den rückwärtigen Verkehrsraum beobachten müssen, indem sie etwa einen Blick in den Rück- und Aussenspiegel sowie nach hinten über die Schulter geworfen hätte, um festzustellen, ob sich jemand von hinten nähert.

Streitig war hingegen, ob der Klägerin ein Mitverschulden gemäss § 9 StVG, 254 Abs. 2 BGB anzurechnen ist.

Die Vorinstanz, das OLG Schleswig, hatte ein Mitverschulden von 20% berücksichtigt. Das Mitverschulden der Klägerin habe darin begründet gelegen, dass sie keinen Helm getragen und damit Schutzmassnahmen zu ihrer eigenen Sicherheit unterlassen habe (sogenanntes Verschulden gegen sich selbst). Der Sachverständige habe nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt, dass die Verletzungsfolgen mit Blutungen innerhalb und ausserhalb des Schädels sowie die Hirnverletzung des Scheitellappens und beider Schläfenlappen und insbesondere die Schädelbrüche auf eine massive Gewalteinwirkung auf den Kopf der Klägerin hindeuteten mit dem Ergebnis eines mittelschweren bis schweren Schädel-Hirn-Traumas. Hätte die Klägerin einen Helm getragen, so wären die stumpf einwirkenden Energien absorbiert worden.

Selbst wenn eine gesetzliche Helmpflicht nicht bestünde, so sei nach der ständigen Rechtsprechung des BGH dennoch ein Mitverschulden des Geschädigten anzunehmen, wenn dieser diejenige Sorgfalt ausser Acht lasse, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflege. Für das OLG Schleswig war massgebend, dass ein besonderes Verletzungsrisiko bestehe, dem Fahrradfahrer heutzutage im täglichen Strassenverkehr ausgesetzt seien. Der gegenwärtige Strassenverkehr sei besonders dicht, wobei motorisierte Fahrzeuge dominierten und Radfahrer von Kraftfahrern oftmals nur als störende Hindernisse im frei fliessenden Verkehr empfunden würden. Dass der Fahrradhelm den Schutz vor Kopfverletzungen bewirke, entspreche der einmütigen Einschätzung der Sicherheitsexperten und werde auch nicht ernsthaft angezweifelt. Die Anschaffung eines Schutzhelms sei wirtschaftlich zumutbar. Nach dem heutigen Erkenntnisstand sei grundsätzlich davon auszugehen, dass ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens beim Radfahren einen Helm tragen werde, sobald er sich in den öffentlichen Strassenverkehr mit dem dargestellten besonderen Verletzungsrisiko begebe. Dies rechtfertige die Zugrundelegung eines Mitverschuldens von 20%.

Anders der BGH:

Der für das Schadensrecht zuständige VI. Zivilsenat hob das Berufungsurteil auf und gab der Klage in vollem Umfang statt. Das Nichttragen eines Fahrradhelms führe nicht zu einer Anspruchskürzung wegen Mitverschuldens. Für Fahrradfahrer, so

der BGH, ist das Tragen eines Schutzhelmes nicht vorgeschrieben. Zwar könne einem Geschädigten auch ohne einen Verstoss gegen Vorschriften haftungsrechtlich ein Mitverschulden anzulasten sein, wenn er diejenige Sorgfalt ausser Acht lasse, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflege. Dies wäre nach Auffassung des BGH zu bejahen, wenn das Tragen von Schutzhelmen zur Unfallzeit nach allgemeinem Verkehrsbewusstsein zum eigenen Schutz erforderlich und zumutbar gewesen wäre. Ein solches Verkehrsbewusstsein habe es jedoch zum Zeitpunkt des Unfalls der Klägerin noch nicht gegeben. Nach repräsentativen Verkehrsbeobachtungen der Bundesanstalt für Strassenwesen haben im Jahre 2011 innerorts nur 11% der Fahrradfahrer einen Schutzhelm getragen.

Inwieweit in Fällen sportlicher Betätigung des Radfahrers das Nichttragen eines Schutzhelmes ein Mitverschulden begründen könne, sei hier nicht zu entscheiden gewesen.

Anmerkungen:

Das Urteil des Bundesgerichtshofs wurde mit Spannung erwartet. Die Klägerin wurde durch den allgemeinen deutschen Fahrrad-Club e. V. unterstützt, der dieses Urteil ausdrücklich begrüsste. Fahrradverbände hatten die Befürchtung geäussert, das Postulieren einer Helmpflicht durch den BGH hätte auch ökologisch falsche Anreize setzen können, da dies Fahrradfahrer von der Nutzung des Fahrrads hätte abhalten können.

Das Urteil des OLG Schleswig war, soweit ersichtlich, auch ein Unikum. Weitere Instanzgerichte hatten sich in vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen jeweils gegen eine allgemeine Helmpflicht ausgesprochen (*AG Wesel*, Urteil vom 9.1.2014– 5 C 56/13; *OLG Celle*, Urteil vom 12.2.2014–14 U 113/13).

Der BGH hat sich durch den vorzitierten Schlusssatz allerdings nicht kategorisch gegen jegliche Helmpflicht ausgesprochen. So entschied im Rahmen eines obiter dictum beispielsweise das OLG Celle in der vorgenannten Entscheidung, eine Helmpflicht könne durchaus in Ausnahmefällen angezeigt sein, nämlich wenn sich der Fahrradfahrer als sportlich ambitionierter Fahrer auch ausserhalb von Rennsportveranstaltungen besonderen Risiken aussetzt oder in Folge seiner persönlichen Disposition, beispielsweise aufgrund von Unerfahrenheit im Umgang mit dem Rad oder den Gefahren des Strassenverkehrs ein gesteigertes Gefährdungspotenzial besteht.

Insoweit bleibt sicherlich die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)

vom 6. Oktober 2000 (Stand am 1. Januar 2012)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

gestützt auf die Artikel 112 Absatz 1, 114 Absatz 1 und 117 Absatz 1 der Bundesverfassung[1],
nach Einsicht in den Bericht einer Kommission des Ständerates vom 27. September 1990[2]
und in die Stellungnahmen des Bundesrates vom 17. April 1991[3], vom 17. August 1994[4] und vom 26. Mai 1999[5]
und in den Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 26. März 1999[6],

beschliesst:

1. Kapitel: Anwendungsbereich

Art. 1 Zweck und Gegenstand

Dieses Gesetz koordiniert das Sozialversicherungsrecht des Bundes, indem es:

a. Grundsätze, Begriffe und Institute des Sozialversicherungsrechts definiert;

b. ein einheitliches Sozialversicherungsverfahren festlegt und die Rechtspflege regelt;

c. die Leistungen aufeinander abstimmt;

d. den Rückgriff der Sozialversicherungen auf Dritte ordnet.

Art. 2 Geltungsbereich und Verhältnis zu den einzelnen Sozialversicherungsgesetzen

Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen.

AS **2002** 3371

1 SR **101**
2 BBl **1991** II 185
3 BBl **1991** II 910
4 BBl **1994** V 921
5 Im Bundesblatt nicht veröffentlicht; siehe AB **1999** N 1241 und 1244.
6 BBl **1999** 4523

Art. 70 Vorleistung

1 Begründet ein Versicherungsfall einen Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen, bestehen aber Zweifel darüber, welche Sozialversicherung die Leistungen zu erbringen hat, so kann die berechtigte Person Vorleistung verlangen.

2 Vorleistungspflichtig sind:

a. die Krankenversicherung für Sachleistungen und Taggelder, deren Übernahme durch die Krankenversicherung, die Unfallversicherung, die Militärversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist;

b. die Arbeitslosenversicherung für Leistungen, deren Übernahme durch die Arbeitslosenversicherung, die Krankenversicherung, die Unfallversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist;

c. die Unfallversicherung für Leistungen, deren Übernahme durch die Unfallversicherung oder die Militärversicherung umstritten ist;

d. die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge nach BVG[32] für Renten, deren Übernahme durch die Unfall- beziehungsweise Militärversicherung oder die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge nach BVG umstritten ist.

3 Die berechtigte Person hat sich bei den in Frage kommenden Sozialversicherungen anzumelden.

Art. 71 Rückerstattung von Vorleistungen

Der vorleistungspflichtige Versicherungsträger erbringt die Leistungen nach den für ihn geltenden Bestimmungen. Wird der Fall von einem anderen Träger übernommen, so hat dieser die Vorleistungen im Rahmen seiner Leistungspflicht zurückzuerstatten.

2. Abschnitt: Rückgriff

Art. 72 Grundsatz

1 Gegenüber einem Dritten, der für den Versicherungsfall haftet, tritt der Versicherungsträger im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen ein.

2 Mehrere Haftpflichtige haften für Rückgriffsansprüche der Versicherungsträger solidarisch.

3 Auf die übergegangenen Ansprüche bleiben die ihrer Natur entsprechenden Verjährungsfristen anwendbar. Für den Regressanspruch des Versicherungsträgers beginnen jedoch die relativen Fristen erst mit dessen Kenntnis seiner Leistungen und der Person des Ersatzpflichtigen zu laufen.

32 SR **831.40**

4 Besteht ein direktes Forderungsrecht der geschädigten Person gegenüber dem Haftpflichtversicherer, so steht dieses auch dem in ihre Rechte eingetretenen Versicherungsträger zu. Einreden aus dem Versicherungsvertrag, die der geschädigten Person nicht entgegengehalten werden dürfen, können auch gegenüber dem Regressanspruch des Versicherungsträgers nicht vorgebracht werden.

5 Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Ausübung des Rückgriffsrechtes. Insbesondere kann er anordnen, dass bei Regressnahme gegen einen Haftpflichtigen, der nicht haftpflichtversichert ist, mehrere am Rückgriff beteiligte Versicherer ihre Regressansprüche von einem einzigen Versicherer für alle geltend machen lassen. Der Bundesrat regelt die Vertretung nach aussen für den Fall, dass die betroffenen Versicherer sich darüber nicht einigen können.

Art. 73 Umfang

1 Die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen gehen nur so weit auf den Versicherungsträger über, als dessen Leistungen zusammen mit dem vom Dritten für den gleichen Zeitraum geschuldeten Ersatz den entsprechenden Schaden übersteigen.

2 Hat jedoch der Versicherungsträger seine Leistungen im Sinne von Artikel 21 Absatz 1 oder 2 gekürzt, so gehen die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen so weit auf den Versicherungsträger über, als dessen ungekürzte Leistungen zusammen mit dem vom Dritten für den gleichen Zeitraum geschuldeten Ersatz den entsprechenden Schaden übersteigen würden.

3 Die Ansprüche, die nicht auf den Versicherungsträger übergehen, bleiben der versicherten Person und ihren Hinterlassenen gewahrt. Kann nur ein Teil des vom Dritten geschuldeten Ersatzes eingebracht werden, so sind daraus zuerst die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen zu befriedigen.

Art. 74 Gliederung der Ansprüche

1 Die Ansprüche gehen für Leistungen gleicher Art auf den Versicherungsträger über.

2 Leistungen gleicher Art sind namentlich:

a. vom Versicherungsträger und von Dritten zu erbringende Vergütungen für Heilungs- und Eingliederungskosten;

b. Taggeld und Ersatz für Arbeitsunfähigkeit;

c. Invalidenrenten beziehungsweise an deren Stelle ausgerichtete Altersrenten und Ersatz für Erwerbsunfähigkeit;

d.[33] Leistungen für Hilflosigkeit, Assistenzbeitrag und Vergütungen für Pflegekosten sowie andere aus der Hilflosigkeit erwachsende Kosten;

e. Integritätsentschädigung und Genugtuung;

33 Fassung gemäss Anhang Ziff. 3 des BG vom 18. März 2011 (6. IV-Revision, erstes Massnahmepaket), in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 5659; BBl **2010** 1817).

f. Hinterlassenenrenten und Ersatz für Versorgerschaden;

g. Bestattungs- und Todesfallkosten.

Art. 75 Einschränkung des Rückgriffs

1 Ein Rückgriffsrecht gegen den Ehegatten der versicherten Person, deren Verwandte in auf- und absteigender Linie oder mit ihr in gemeinsamem Haushalt lebende Personen steht dem Versicherungsträger nur zu, wenn sie den Versicherungsfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt haben.

2 Die gleiche Einschränkung gilt für den Rückgriffsanspruch aus einem Berufsunfall gegen den Arbeitgeber der versicherten Person, gegen dessen Familienangehörige und gegen dessen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

3 Die Einschränkung des Rückgriffsrechts des Versicherungsträgers entfällt, wenn und soweit die Person, gegen welche Rückgriff genommen wird, obligatorisch haftpflichtversichert ist.[34]

6. Kapitel: Verschiedene Bestimmungen

Art. 76 Aufsichtsbehörde

1 Der Bundesrat überwacht die Durchführung der Sozialversicherungen und erstattet hierüber regelmässig Bericht.

2 In Fällen wiederholter schwerer Missachtung der gesetzlichen Vorschriften durch einen Versicherungsträger ordnet der Bundesrat die notwendigen Massnahmen zur Wiederherstellung der gesetzmässigen Verwaltung an.

Art. 77 Berichterstattung und Statistik

Die Träger der Sozialversicherung haben den Aufsichtsbehörden alle Auskünfte zu erteilen, die diese für die Überprüfung der Tätigkeit und für die Erstellung aussagekräftiger Statistiken benötigen. Sie haben jeweils Jahresberichte und Jahresrechnungen einzureichen.

Art. 78 Verantwortlichkeit

1 Für Schäden, die von Durchführungsorganen oder einzelnen Funktionären von Versicherungsträgern einer versicherten Person oder Dritten widerrechtlich zugefügt wurden, haften die öffentlichen Körperschaften, privaten Trägerorganisationen oder Versicherungsträger, die für diese Organe verantwortlich sind.

2 Die zuständige Behörde entscheidet durch Verfügung über Ersatzforderungen.

34 Eingefügt durch Anhang Ziff. 2 des BG vom 6. Okt. 2006 (5. IV-Revision), in Kraft seit 1. Jan. 2008 (AS **2007** 5129; BBl **2005** 4459).

Urteilskopf

126 III 521

91. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. September 2000 i.S. Freistaat Bayern gegen Alpina Versicherungs-AG (Berufung)

Regeste

Lohnfortzahlungspflicht; Regress des Arbeitgebers (Art. 51 Abs. 2 OR).
Ersatzanspruch des Arbeitgebers gegenüber dem Schädiger des Arbeitnehmers für geleistete Lohnfortzahlung (E. 2a und 2b).
Umfang des Regressanspruchs (E. 2c).

Sachverhalt ab Seite 521

BGE 126 III 521 S. 521
Eine bei der Alpina Versicherungs-AG (Beklagte) versicherte Autolenkerin verursachte einen Unfall, bei dem ein beim Freistaat Bayern (Kläger) angestellter Arbeitnehmer verletzt wurde. Während dessen Arbeitsunfähigkeit zahlte der Kläger weiterhin Lohn und richtete die Nebenleistungen aus. Die Beklagte anerkennt grundsätzlich ihre Haftpflicht und hat dem Kläger die Lohnzahlungen mit DM 18'380.15 ersetzt. Dieser verlangt zusätzlich DM 11'800.- für sämtliche Leistungen, die er infolge der Lohnfortzahlungspflicht für den Arbeitnehmer erbracht hat. Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab, während das Obergericht des Kantons Zürich sie teilweise
BGE 126 III 521 S. 522
guthiess. Gegen diesen Entscheid führen beide Parteien Berufung. Das Bundesgericht heisst die Berufung der Beklagten gut und weist die Klage ab, da der von der Beklagten ausbezahlte Betrag den Regressanspruch des Klägers übersteigt.

Auszug aus den Erwägungen:

Aus den Erwägungen:

2. a) Das besondere Problem des zu beurteilenden Falles liegt im Umstand, dass der in seinem absoluten Recht verletzte Arbeitnehmer keinen Vermögensschaden erleidet, da er seinen Erfüllungsanspruch aus Arbeitsvertrag behält. Dieser Anspruch auf Lohnzahlung wird auch dann nicht zu einem solchen auf Schadenersatz, wenn der Arbeitnehmer an der Erbringung seiner Leistung gehindert ist. Nachdem der am Vermögen geschädigte Arbeitgeber weder in einem absoluten Recht verletzt ist noch sich auf eine spezielle Norm berufen kann, die den Schutz seines Vermögens vor Beeinträchtigungen der eingetretenen Art bezweckt, gebricht es grundsätzlich am Erfordernis der Widerrechtlichkeit der Schädigung des Arbeitgebers (BGE 123 III 306 E. 4a S. 312; BGE 122 III 176 E. 7b S. 192; BGE 118 Ib 473 E. 2b S. 476). Sein Schaden erweist sich somit als Reflex- oder Drittschaden, der nach allgemeinen Prinzipien des Schadensrechts nicht zu ersetzen ist (BGE 104 II 95 E. 2a S. 98; BGE 102 II 85 E. 6c S. 90; vgl. auch BGE 109 II 4 E. 3 S. 7; BREHM, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 1998, N. 20 ff. zu Art. 41 OR mit Hinweisen).
b) Während die Regressansprüche der Privat- und Sozialversicherer für Vorleistungen zufolge Drittschädigung ihrer Versicherten in speziellen gesetzlichen Subrogationsregeln gründen (Art. 72 VVG [SR 221.229.1]; Art. 41 UVG [SR 832.20]; Art. 48ter ff. AHVG [SR 831.10];

Art. 52 IVG [SR 831.20]; Art. 79 KVG [SR 832.10] und Art. 67 MVG [SR 833.1]), fehlen solche mit Bezug auf Lohnfortzahlungen bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Indessen ist allgemein anerkannt, dass der Arbeitgeber den haftpflichtigen Dritten belangen kann. Ihn anders zu behandeln als etwa den Versicherer, der nach Art. 324b OR an seiner Stelle den Lohn bezahlt, wäre weder einleuchtend noch billig und liefe entgegen dem Zweck sowohl der Lohnfortzahlungspflicht wie auch der haftpflichtrechtlichen Verantwortlichkeitsanschauung auf einen Schutz des Schädigers des Arbeitnehmers hinaus (BREHM, a.a.O., N. 31 zu Art. 41 OR mit Hinweisen). Da sich im Gesetz keine Regelung bezüglich des Regressanspruchs des Arbeitgebers findet, liegt insoweit eine Gesetzeslücke vor. Diese ist in analoger Anwendung von
BGE 126 III 521 S. 523
Art. 51 Abs. 2 OR zu schliessen. Eine unmittelbare Anwendung dieser Bestimmung fällt ausser Betracht, da der Arbeitgeber nicht zum Kreis der gemäss Art. 51 OR Haftpflichtigen zählt, sondern mit der Lohnzahlung unabhängig vom schädigenden Ereignis seine gesetzliche oder vertragliche Leistungspflicht erfüllt (vgl. BREHM, a.a.O., N. 31 zu Art. 41 OR; ROBERTO, Schadensrecht, Basel 1997, S. 41 je mit Hinweisen). Da der Arbeitgeber seinen Vertrag erfüllt und nicht aus Schlechterfüllung für den entstandenen Schaden haftet, kann die in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehene Abstufung nach der Haftung aus unerlaubter Handlung, Vertrag oder Gesetz nicht auf die Lohnfortzahlung des Arbeitgebers übertragen werden. Der Regress steht dem Arbeitgeber auch gegenüber einem kausal Haftenden zu, da sich die Lohnfortzahlungspflicht nicht zu dessen Gunsten auswirken soll (PIERRE WIDMER, "Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, verpflichtet dessen Arbeitgeber zum Ersatz", in: SJZ 73/1977 S. 283, 287). Der Arbeitgeber ist diesbezüglich den subrogierenden Sozial- und Schadensversicherern gleichzustellen, auch wenn diese ihre Rechtsstellung bereits im Unfallzeitpunkt erlangt haben (SCHAER, "Hard cases make bad law" oder OR 51/2 und die regressierende Personalvorsorgeeinrichtung, in: recht 9/1991 S. 20 f.).
c) Die Frage, in welchem Umfang der Haftpflichtige die vom Arbeitgeber erbrachten Leistungen zu ersetzen hat, ist aus dem mit dem Regressanspruch verfolgten Zweck zu beantworten. Soll der Anspruch nach dem oben Gesagten eingeräumt werden, damit der Schädiger nicht privilegiert wird (E. 2b), soll der Schädiger aus dem Umstand, dass der Schadenersatzanspruch in der Form eines Regressanspruches des Arbeitgebers geltend gemacht wird, auch nicht benachteiligt werden. Abzustellen ist mithin auf den hypothetischen Schaden, den der Arbeitnehmer ohne die Zahlungen des Arbeitgebers erlitten hätte.

Urteilskopf

119 II 289

56. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. April 1993 i.S. Schweizerische Unfallversicherungsanstalt gegen X. Versicherungsgesellschaft (Berufung)

Regeste

Haftung des Motorfahrzeughalters. Regressrecht gegen die Haftpflichtversicherung. Einredenausschluss gemäss Art. 65 Abs. 2 SVG.
1. Das direkte Forderungsrecht des Geschädigten gegen den Versicherer und der Einredenausschluss bilden sowohl nach dem alten MFG (Art. 49/50) wie auch nach dem SVG (Art. 65 SVG) ein einheitliches System und verhelfen zusammen dem Geschädigten zu einer wirksamen Sicherung seiner Ansprüche (E. 3).
2. Beim Einredenausschluss handelt es sich um ein akzessorisches Nebenrecht, das aufgrund von Art. 41 UVG auf den subrogierenden Sozialversicherer übergeht (E. 4/5).

Sachverhalt ab Seite 290

BGE 119 II 289 S. 290
Der bei der X. Versicherungsgesellschaft haftpflichtversicherte A. verursachte am 24. Juni 1989 mit seinem Personenwagen bei Thun einen Selbstunfall. Dabei erlitt der Beifahrer B. eine instabile, stark dislozierte Luxationsfraktur der Halswirbel C5/C6 mit einem Querschnittsyndrom ab dem Halswirbelkörper C7. B. wurde mit dem Helikopter der Rettungsflugwacht ins Inselspital Bern überführt und am 26. Juni 1989 ins Schweizerische Paraplegikerzentrum nach Basel verlegt. Am 6. Oktober 1989 konnte er nach Hause entlassen werden, und Anfang 1990 nahm er seine berufliche Tätigkeit wieder auf. Die Nachbehandlung im Paraplegikerzentrum dauert noch an. Weil A. bei der Unterzeichnung des Antrags für die Haftpflichtversicherung eine Verurteilung wegen SVG-Widerhandlungen und damit die ihm obliegende Anzeigepflicht verletzt hatte, trat die X. Versicherungsgesellschaft rückwirkend auf den Vertragsbeginn vom Vertrag zurück.
Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA), bei der B. gegen Unfall versichert war, belangte die X. Versicherungsgesellschaft mit (Teil-)Klage vom 18. November 1991 auf Ersatz der von ihr gegenüber B. bis zum 14. Mai 1991 erbrachten gesetzlichen Leistungen im Betrage von Fr. 85'351.60 nebst 5% Zins ab Urteilsdatum. Auf den beiden Teilforderungen (Heilungskosten von Fr. 75'815.60 sowie Taggeldleistungen von Fr. 9'536.--) forderte sie zudem für die Zeit vom 24. Juni 1989 bis zum Urteilsdatum einen mittleren Zins von 5%. Für sämtliche ab Mitte Mai 1991 erbrachten und noch zu erbringenden Leistungen behielt sie sich ein Nachklagerecht vor. Die Beklagte widersetzte sich der Klage und verlangte widerklageweise festzustellen, dass sie der Klägerin aus dem von A. am 24. Juni 1989 verursachten Verkehrsunfall nichts schulde. Der Appellationshof des Kantons Bern (III. Zivilkammer) wies die Klage am 7. Mai 1992 ab und hiess die Widerklage gut.
Das Bundesgericht heisst die von der Klägerin eingelegte Berufung gut, hebt das angefochtene Urteil auf und schützt die Teilklage.

Auszug aus den Erwägungen:

Aus den Erwägungen:

1. Unbestritten ist, dass die Beklagte berechtigt war, von dem mit A. geschlossenen Versicherungsvertrag rückwirkend zurückzutreten. Anerkannt ist ebenfalls, dass dieser Vertragsrücktritt aufgrund von Art. 65 Abs. 2 SVG nichts an der Haftung der Beklagten gegenüber dem unfallgeschädigten B. ändert. Umstritten ist allein die vom
BGE 119 II 289 S. 291
Appellationshof verneinte Rechtsfrage, ob sich auch die Klägerin auf den Einredenausschluss gemäss Art. 65 Abs. 2 SVG berufen kann.

3. Die Bestimmung von Art. 65 SVG lautet wie folgt:
"Unmittelbarer Anspruch gegen den Versicherer, Einreden
1. Der Geschädigte hat im Rahmen der vertraglichen Versicherungsdeckung ein Forderungsrecht unmittelbar gegen den Versicherer.
2. Einreden aus dem Versicherungsvertrag oder aus dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag können dem Geschädigten nicht entgegengehalten werden.
3. (Rückgriffsrecht des Haftpflichtversicherers auf den Versicherungsnehmer)."
a) Sowohl das direkte Forderungsrecht als auch der Einredenausschluss fanden ihren gesetzlichen Niederschlag erstmals im Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr vom 15. März 1932 (MFG; AS 48, 513), mit dem gleichzeitig das Obligatorium für die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung eingeführt wurde. Weder die bundesrätliche Botschaft vom 12. Dezember 1930 (BBl 1930 II 849 ff.) noch die parlamentarischen Beratungen zum MFG haben sich ausdrücklich mit der hier zu entscheidenden Frage befasst. Die Kommentatoren STREBEL/HUBER halten diesbezüglich fest, obwohl Art. 49 Abs. 1 MFG nur vom unmittelbaren Forderungsrecht des Geschädigten spreche, sei die Möglichkeit der direkten Geltendmachung nicht an die Person des Geschädigten, sondern an dessen Anspruch geknüpft; sie sei ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, gehe daher im Falle der Abtretung oder der Subrogation auf den neuen Gläubiger über. Das Recht bestehe z.B. auch für die Suval, soweit ihr anstelle des Versicherten Regressrechte gegen einen Halter zustehen. Auf den Ausschluss der Einreden gemäss Art. 50 MFG könne sich nicht nur der Geschädigte selbst, sondern auch ein in dessen Rechte eingetretener Regressberechtigter berufen (Kommentar zum Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr, Band II, 1938, N. 14 zu Art. 49 und N. 6 zu Art. 50 MFG).
b) Mit der Einführung des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SVG) wurde bezüglich der in Art. 49 und 50 MFG enthaltenen Regelung keine materiellrechtliche Änderung vorgenommen. Sie fand unverändert Eingang in Art. 61 des Entwurfs bzw. in Art. 65 der bereinigten Fassung des SVG (vgl. bundesrätliche Botschaft vom 24. Juni 1955, BBl 1955 II 51). Die seitherigen Revisionen des SVG brachten in bezug auf Inhalt und
BGE 119 II 289 S. 292
Wortlaut von Art. 65 SVG keine Änderungen. An den betreffenden Grundprinzipien der bisherigen Regelung wurde nicht gerüttelt (GEISSELER, Haftpflicht und Versicherung im revidierten SVG (Änderung vom 20. März 1975), Diss. Freiburg 1980, S. 109).
c) Sinn und Zweck der Vorschrift können allgemein dahin zusammengefasst werden, dass sie den konsequenten und umfassenden Schutz des Geschädigten zum Ziel haben. Das direkte Forderungsrecht und der Einredenausschluss sind dabei eng miteinander verknüpft und verhelfen zusammen dem Geschädigten zu einer wirksamen Sicherung seiner Ansprüche (STREBEL/HUBER, a.a.O., N. 4 zu Art. 50 MFG; WALTER CASSANI, Das direkte Forderungsrecht des Geschädigten gegen den Versicherer des Automobilhalters, Diss. Bern 1935, S. 69; ABDÜLCELIL KALAV, L'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur de la responsabilité selon le droit suisse et le droit français, Diss. Genf 1952; ROLAND CHÂTELAIN, L'action directe du lésé contre l'assureur de la responsabilité civile du détenteur d'un véhicule automobile, Diss. Lausanne 1961, S. 137; OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 1975, S. 458; ROLF HEUSSER, Das direkte Forderungsrecht des

Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer, Diss. Zürich 1979, S. 56; DORIS MARIA MEYER, Der Regress im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1982, S. 36; BUSSY/RUSCONI, Code suisse de la circulation routière, 2. Auflage 1984, N. 2.1 zu Art. 65 SVG; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band II, 1988, S. 291; GEISSELER, a.a.O., S. 106; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II, 1989, S. 363 und 407 f.). Die beiden Elemente finden sich als einheitliches System nicht nur in Art. 65 SVG, sondern auch in anderen Haftpflichtgesetzen, die ein Versicherungsobligatorium vorsehen (vgl. Art. 37 Rohrleitungsgesetz, SR 746.1; Art. 9 Kernenergiehaftpflichtgesetz, SR 732.44; Art. 33 Binnenschiffahrtsgesetz, SR 747.201; Art. 16 Jagdgesetz, SR 922.0). Insoweit kann Art. 65 SVG somit entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht als ausgesprochene Sondernorm verstanden werden. Einzuräumen ist dagegen, dass sich das direkte Forderungsrecht und der Einredenausschluss aufgrund von Wortlaut, Sinn und Zweck der Bestimmung in erster Linie auf den direkt Geschädigten selbst beziehen. Die Tragweite des Wortlautes steht damit freilich noch nicht fest. Die Frage der Höchstpersönlichkeit bzw. der Übergangsfähigkeit des Einredenausschlusses ist vielmehr in einem weiteren Zusammenhang zu prüfen.
BGE 119 II 289 S. 293

4. Das direkte Forderungsrecht gemäss Art. 65 Abs. 1 SVG bzw. Art. 49 MFG wird von der herrschenden Lehre zutreffend als akzessorisches Neben- oder Vorzugsrecht verstanden (STREBEL/HUBER, a.a.O., N. 14 zu Art. 49 MFG; OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 409; ROELLI/KELLER, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Band IV, 2. Auflage 1962, S. 111 und 154; KELLER/GABI, Das schweizerische Schuldrecht, Band II, 1988, S. 156; MEYER, a.a.O., S. 43; CHRISTIAN SCHÖBI, Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung, Diss. Zürich 1990, S. 71). Aufgrund des erwähnten sachlichen Zusammenhangs und der gegenseitigen Abhängigkeit ist auch der Einredenausschluss gemäss Art. 65 Abs. 2 SVG als Nebenrecht aufzufassen und sind die beiden Rechtsinstitute rechtlich gleich zu behandeln.

5. Zu entscheiden bleibt, ob der Einredenausschluss als akzessorisches Nebenrecht auf den subrogierenden Sozialversicherer übergehen kann oder ob er als höchstpersönliches Vorzugsrecht nur dem Direktgeschädigten selbst zugute kommt.
a) Wie die Beklagte mit Recht hervorhebt, geht die Berufung der Klägerin auf einen gewohnheitsrechtlichen Einredenausschluss von vornherein fehl. Denn die Klägerin und die Haftpflichtversicherer haben es bisher offenbar vorgezogen, Fälle, in denen sich diese Frage stellte, aussergerichtlich zu erledigen. Wie die befolgte Praxis dabei gelautet hat, spielt keine Rolle. Sie darf sich jedenfalls für keine der Parteien negativ auswirken in jenem Moment, in dem sie sich entschliessen, die durch Gesetzesauslegung zu entscheidende Rechtsfrage durch den Richter beurteilen zu lassen.
b) Gemäss Art. 41 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG) tritt die SUVA gegenüber einem Dritten, der für den Unfall haftet, im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche des Versicherten und seiner Hinterlassenen ein. Eine entsprechende Rückgriffsbestimmung enthielt bereits Art. 100 des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (KUVG).
Dem Sozialversicherer steht ein integrales Regressrecht zu. Dies bedeutet, dass der Rückgriff gegen sämtliche Ersatzpflichtigen möglich ist, unabhängig davon, ob diese kausalhaftpflichtig sind, aus Verschulden oder aus Vertragsverletzung haften. Die Sozialversicherer unterstehen mit andern Worten der Rangordnung von Art. 51 OR nicht (BGE 47 II 487 E. 1; WILLY KÖNIG, Schweizerisches

Privatversicherungsrecht, 3. Auflage 1967, S. 497; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2. Auflage 1986, S. 403; ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 1987, S. 187; GHÉLEW/RAMELET/RITTER, Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents, 1992, S. 162). Mit dem Eintritt in die Rechtsstellung des Geschädigten übernimmt der Sozialversicherer nicht nur dessen Schadenersatzforderung, sondern auch die damit verbundenen Vorzugs- und Nebenrechte, soweit diese nicht untrennbar mit der Person des Geschädigten verbunden sind (Art. 170 Abs. 1 OR; KELLER/GABI, a.a.O., S. 150). Nach der in der Lehre vorwiegend vertretenen Ansicht geht das direkte Forderungsrecht gemäss Art. 65 Abs. 1 SVG bzw. Art. 49 MFG als nicht mit der Person des Geschädigten, sondern mit dessen Anspruch verbundenes Vorzugs- oder Nebenrecht auf den subrogierenden Sozialversicherer über (STREBEL/HUBER, a.a.O., N. 14 zu Art. 49 MFG); CASSANI, a.a.O., S. 48 f.; JAKOB STREBEL, Haftpflicht und Haftpflichtversicherung nach dem Bundesgesetz über den Strassenverkehr, in Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung, 3. Jahrgang 1959, S. 105; ROELLI/KELLER, a.a.O., S. 155; KELLER/SCHÖBI, Das schweizerische Schuldrecht, Band IV, 1984, S. 24; SCHÖBI, a.a.O., S. 71; HEUSSER, a.a.O., S. 76; OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 409; GHÉLEW/RAMELET/RITTER, a.a.O., S. 161 f.). Aus dem erwähnten Gebot der Gleichbehandlung der beiden Rechtsinstitute ergibt sich, dass auch der Einredenausschluss gemäss Art. 65 Abs. 2 SVG bzw. Art. 50 MFG als akzessorisches Nebenrecht auf den subrogierenden Sozialversicherer übergeht. Auch diesbezüglich ist eine Höchstpersönlichkeit, die dem Rechtsübergang im Wege stünde, zu verneinen. Der Übergang des Einredenausschlusses auf den Regressberechtigten wird denn auch von einem Teil der Lehre ausdrücklich anerkannt (vgl. STREBEL/HUBER, a.a.O., N. 6 zu Art. 50 MFG; KALAV, a.a.O., S. 131; KELLER, a.a.O., S. 189; OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 428; STEPHAN FUHRER, Der Regress der Sozialversicherer auf den haftpflichtigen Dritten, in Schweizerische Versicherungszeitschrift, 60. Jahrgang 1992, S. 125).

c) GERHARD STOESSEL (Das Regressrecht der AHV/IV gegen den Haftpflichtigen, Diss. Zürich 1982, S. 12 Fn. 17 und 60) und ROLAND SCHAER (Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichsystemen, 1984, S. 194 ff.) halten demgegenüber den Einredenausschluss gemäss Art. 65 Abs. 2 SVG für einen besonders ausgestalteten, höchstpersönlichen Anspruch des Geschädigten, der nicht auf den subrogierenden Ersatzleistenden übergehe. Die ratio legis,

machen sie geltend, rechtfertige unter keinen Umständen eine Ausdehnung dieses persönlichen Privilegs auch auf regressierende Versicherer, für die der Regress nicht dieselbe existenzielle Bedeutung habe wie der Schadenersatz für den Geschädigten. Der Sozialversicherungsträger sei kein alter ego des Geschädigten, er trete nur in dessen Rechte, nicht aber in dessen Person ein. Nach dem Ausbau der Sozialversicherungen habe das ursprüngliche Leitmotiv des Haftpflichtversicherungsobligatoriums, namentlich der Schutz des Geschädigten, tendenziell an Bedeutung verloren; komme der Haftpflichtversicherer faktisch nur noch auf dem Regresswege zum Zuge, so sei der Grund, der zu dieser Haftpflichtversicherung mit Zwittercharakter geführt habe, weitgehend überholt.

Dieser Sicht der Dinge, der sich der Appellationshof angeschlossen hat, kann nicht gefolgt werden. Mag auch der Gesetzgeber bei der Einführung der Bestimmung betreffend Einredenausschluss im Jahre 1932 vorab den Schutz des Geschädigten selbst vor Augen gehabt haben, so ist doch nicht zu verkennen, dass mit Art. 100 KUVG bereits damals eine Vorschrift in Kraft war, die ein integrales Regressrecht des Sozialversicherers vorsah. In den Materialien zum MFG findet sich jedoch kein Hinweis, wonach sich der regressierende Sozialversicherer nicht auf das direkte Forderungsrecht bzw. den Einredenausschluss gemäss Art. 49/50 MFG berufen könne. Es wird allein in genereller Weise festgehalten, dass die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt für die von ihr erbrachten Leistungen gestützt auf Art. 100 KUVG ein

Regressrecht gegenüber dem Motorfahrzeughalter oder seiner Versicherung besitze (vgl. bundesrätliche Botschaft in BBl 1930 II 876 und Sten.Bull. 1931 N 248). Obschon sich die bis zum damaligen Zeitpunkt erschienene Literatur dafür ausgesprochen hatte, dass die Sozialversicherung zufolge Subrogation in die Stellung des Geschädigten eintrete und sich ebenfalls auf den Einredenausschluss berufen könne, wird auch in der Botschaft zum SVG vom 24. Juni 1955 lediglich allgemein ausgeführt, dass der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt der Rückgriff auf die Personen, die für den von ihr gedeckten Schaden nach dem Strassenverkehrsgesetz haften, ausdrücklich gewahrt werde (BBl 1955 II 58). Dasselbe gilt in bezug auf die Ablösung der Rückgriffsordnung gemäss Art. 100 und 129 Abs. 2 KUVG durch diejenige gemäss Art. 41-44 UVG im Jahre 1981. Auch hier hat der Gesetzgeber hinsichtlich des Übergangs von direktem Forderungsrecht und Einredenausschluss keine Ausnahme vom integralen Regressrecht festgehalten. Dies lässt sich nur dahin deuten, dass der Gesetzgeber das

BGE 119 II 289 S. 296

akzessorische Nebenrecht des Einredenausschlusses nicht als ausschliesschlich höchstpersönliches Vorzugsrecht des Geschädigten verstanden wissen wollte, sondern zumindest stillschweigend bereit war, es auch dem regressberechtigten Sozialversicherer einzuräumen.

Der umfassende Rechtseintritt des Sozialversicherers in die Rechte des Geschädigten kann auch von der Sache her nicht als unbillig bezeichnet werden. Denn der obligatorische Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherer steht dem Schädiger näher als die Unfallversicherung des Geschädigten, weshalb es sich rechtfertigen lässt, die Folgen von Versicherungsverträgen, die sich nachträglich als nichtig erweisen, als spezifisches Risiko des Haftpflichtversicherers durch diesen tragen zu lassen und nicht durch den Sozialversicherer als sozusagen haftpflichtfremdem Ersatzpflichtigen. Dem Haftpflichtversicherer bleibt schliesslich als Ausgleich für das Erbringen von vertraglich nicht geschuldeten Leistungen das Rückgriffsrecht gegen den haftpflichtigen Versicherungsnehmer gemäss Art. 65 Abs. 3 SVG (früher Art. 50 Abs. 2 MFG). Es bleibt somit dabei, dass es sich beim Einredenausschluss um ein nicht höchstpersönliches, auf den subrogierenden Sozialversicherer übergangsfähiges Nebenrecht handelt. Daran vermag auch der von der Beklagten unter Berufung auf SCHAER (a.a.O., S. 196 f.) angestrebte rechtsvergleichende Ausblick auf das deutsche Recht nichts zu ändern.

Indem die Vorinstanz der Klägerin die Berufung auf den Einredenausschluss von Art. 65 Abs. 2 SVG verweigert hat, verletzt sie daher Bundesrecht.

{T 0/2}
4A_576/2010

Urteil vom 7. Juni 2011
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Corboz,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterin Kiss,
nebenamtlicher Bundesrichter Al. Brunner,
Gerichtsschreiber Widmer.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Steiner,
Beschwerdeführer,

gegen

1. X._____ Versicherung AG,
2. X._____ Kranken-Versicherung AG,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Christian Thöny,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand
Verjährung, Regressrecht,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden, II. Zivilkammer,
vom 9. Februar 2010.

Sachverhalt:

A.
Am 9. Dezember 2001 verunfallte B._____ (Geschädigter) im Café M._____ an der N._____gasse in Zürich. Als er seinen Mantel an der Garderobe aufhängen wollte, stolperte er und fiel dabei gegen die Kellertüre. Diese öffnete sich und der Geschädigte stürzte über die Treppe in den Keller, wobei er sich an beiden Beinen schwer verletzte. In der Folge waren eine achteinhalbstündige Operation sowie ein mehrwöchiger Spitalaufenthalt und anschliessend ein mehrwöchiger Aufenthalt in einer Rehabilitationsklinik erforderlich. Danach benötigte der Geschädigte noch über längere Zeit eine Physiotherapie.

Der Geschädigte ist bei der X._____ Versicherung AG (Beschwerdegegnerin 1) nach dem Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908 (VVG; SR 221.229.1) und bei der X._____ Kranken-Versicherung AG (Beschwerdegegnerin 2) nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) gegen Unfall versichert. Er meldete der X._____ den Unfall am 19. Dezember 2001 und trat ihr gleichzeitig seine allfälligen Haftpflichtansprüche ab. In der Folge erbrachte diese Leistungen von Fr. 94'129.10 (VVG-Ansprüche) und von Fr. 29'735.35 (KVG-Ansprüche).

A._____ (Beschwerdeführer) ist Miteigentümer zur Hälfte an der Liegenschaft N._____gasse in Zürich. Die Versicherungen und der Beschwerdeführer konnten sich nicht darüber einigen, wer die Kosten der Heilbehandlung zu tragen habe.

B.
Die Beschwerdegegnerinnen gelangten am 27. März 2007 je an den Vermittler des Kreises Oberengadin und stellten die Rechtsbegehren, der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, ihnen die Beträge von Fr. 94'129.10 (Beschwerdegegnerin 1) bzw. von Fr. 29'735.35 (Beschwerdegegnerin 2), je nebst Zins zu bezahlen. Am 28./29. August 2007 prosequierten die Beschwerdegegnerinnen die Klagen mit unveränderten Rechtsbegehren an das Bezirksgericht Maloja. Dieses hiess die Klagen mit Urteil vom 5. Mai 2009 gut.

Am 9. Februar 2010 wies das Kantonsgericht von Graubünden eine vom Beschwerdeführer gegen dieses Urteil erhobene Berufung ab.

C.
Der Beschwerdeführer beantragt mit Eingabe vom 14. Oktober 2010, das Urteil des Kantonsgerichts vom 9. Februar 2010 aufzuheben und die Klage der Beschwerdegegnerinnen abzuweisen.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerinnen schliessen auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Mit Präsidialverfügung vom 3. November 2010 wurde ein Gesuch des Beschwerdeführers um Sistierung des Verfahrens abgewiesen.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerdegegnerinnen machten im kantonalen Verfahren Schadenersatzansprüche des Geschädigten gegen den Beschwerdeführer geltend, in die sie, was die VVG-Ansprüche belangt, nach Art. 72 Abs. 1 VVG oder wahlweise nach Art. 51 Abs. 2 (und Art. 149 Abs. 1) OR bzw., was die KVG-Ansprüche angeht, nach Art. 79 aKVG subrogiert seien.
Die Vorinstanz bejahte die Haftbarkeit des Beschwerdeführers als Werkeigentümer im Sinne von Art. 58 OR, insbesondere das Vorliegen eines für den Schaden des Geschädigten in der von den Beschwerdegegnerinnen geltend gemachten Höhe adäquat-kausalen Werkmangels. Diese Punkte sind im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr strittig.
Der Beschwerdeführer rügt hingegen, die Vorinstanz habe unter Verletzung der Art. 42, 60 und 135 OR entschieden, dass die Ansprüche im Zeitpunkt der Stellung des Vermittlungsbegehrens am 27. März 2007 nicht verjährt seien. Ferner habe sie Art. 72 VVG und Art. 51 OR verletzt, indem sie hinsichtlich der VVG-Ansprüche ein integrales (umfassendes) Regressrecht zu Gunsten der Beschwerdegegnerin 1 als Privatversicherer bejaht und die Klage insoweit nicht schon mangels eines solchen abgewiesen habe. Da kein integrales Regressrecht der Beschwerdegegnerin 1 bestehe, sei auch eine solidarische Haftung unter den aus Regress in Anspruch genommenen zu verneinen. Jeder hafte daher nur für seinen Anteil.
Der Streit beschlägt damit zivilrechtliche Verhältnisse und mithin eine Zivilsache im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG. Er unterliegt der Beurteilung im Verfahren der Beschwerde in Zivilsachen. - Dass der Beschwerdegegnerin 2 für die KVG-Ansprüche ein Regressrecht zusteht, war bereits im kantonalen Verfahren unbestritten (vgl. dazu Urteil K 43/03 vom 5. April 2004 E. 2; BGE 129 V 396).

Auf die Beschwerde, deren übrige Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist unter Vorbehalt ihrer rechtsgenüglichen Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) einzutreten.

2.
Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG).
Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG), was in der Beschwerde darzutun ist (BGE 135 I 19 E. 2.2.2).
Der Beschwerdeführer, der die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, kann sich nicht damit begnügen, den bestrittenen Feststellungen eigene tatsächliche Behauptungen gegenüberzustellen oder darzulegen, wie die Beweise seiner Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Vielmehr hat er klar und substanziiert aufzuzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3, 393 E. 7.1, 462 E. 2.4). Soweit der Beschwerdeführer den Sachverhalt ergänzen will, hat er zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile 4A_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570; 4A_470/2009 vom 18. Februar 2010 E. 1.2). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 133 II 249 E. 1.4.3) und ebenso wenig auf Vorbringen, die in den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz keine Stütze finden, ohne dass dazu eine taugliche Sachverhaltsrüge im vorstehenden Sinne substanziiert wird, oder auf Rügen, die auf solchen Vorbringen aufbauen.
Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, genügt die vorliegende Beschwerdeschrift diesen Anforderungen in verschiedener Hinsicht nicht.

3.
Die Vorinstanz verneinte den Eintritt der Verjährung im Zeitpunkt der Stellung des Vermittlungsbegehrens am 27. März 2007 mit folgender Begründung: Die Verjährungsfrist habe frühestens am 7. März 2006 zu laufen begonnen, als die letzte aktenkundige Rechnung der Physiotherapie für den Zeitraum vom 19. Dezember 2005 bis zum 16. Februar 2006 eingegangen sei, und nicht bereits im Juni 2005, wie der Beschwerdeführer geltend mache. Die Forderungen seien deshalb (schon insoweit) frühestens am 7. März 2007 verjährt. Der Lauf der Verjährung sei indes bereits vorher mit einem Vermittlungsbegehren vom 17. Juli 2006 unterbrochen worden, ungeachtet des Umstandes, dass dieses mit einer unrichtigen Parteibezeichnung für die Gläubigerinnen, im Namen des "Vereins X._____" gestellt worden sei. Selbst wenn die Verjährung bereits im Juni 2005 zu laufen begonnen hätte, wäre sie frühestens am 19. August 2006 - mithin erst nach deren Unterbrechung mit dem Vermittlungsbegehren vom 17. Juli 2006 - abgelaufen, weil der Beschwerdeführer gegenüber der "X._____" wirksame Verjährungsverzichtserklärungen abgegeben habe, die den Zeitraum vom 28. August 2003 bis zum 19. August 2006 abdeckten.
Voraussetzung, dass die Verjährung am 27. März 2007 noch nicht eingetreten ist, bildet demnach einerseits, dass dem Vermittlungsbegehren vom 17. Juli 2006

verjährungsunterbrechende Wirkung zukommt und anderseits (alternativ) dass die Verjährungsfrist erst am 7. März 2006, und nicht im Juni 2005, zu laufen begann oder dass der Beschwerdeführer bis zum 19. August 2006 gültig auf die Einrede der Verjährung verzichtet hat.
Der Beschwerdeführer bestreitet, dass er gegenüber den Beschwerdegegnerinnen wirksame Verjährungsverzichterklärungen abgegeben habe, dass der Stellung des Vermittlungsbegehrens vom 17. Juli 2006 verjährungsunterbrechende Wirkung zukam und dass die Verjährung - wie von der Vorinstanz angenommen - erst am 7. März 2006 zu laufen begann.

3.1 Es ist unbestritten, dass die Stellung eines Vermittlungsbegehrens nach dem Prozessrecht des Kantons Graubünden grundsätzlich geeignet ist, die Verjährungsfrist zu unterbrechen (vgl. Art. 135 Ziff. 2 OR). Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht entschieden, dass das Vermittlungsbegehren vom 17. Juli 2006 die Verjährung der von den Beschwerdegegnerinnen erhobenen Forderungen unterbrochen haben soll, obwohl es vom Verein X._____ Versicherung und nicht von den Beschwerdegegnerinnen gestellt worden sei.
3.1.1 Die Verjährung hat neben dem Schutz der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens den Zweck, Rechtsstreitigkeiten zu verhindern, in denen die Beweislage auf Grund des Zeitablaufs undurchsichtig wird (BGE 137 III 16 E. 2.1; 90 II 428 E. 8 S. 437 f.). Ist der Gläubiger am Weiterbestand der Forderung interessiert, muss er zur Unterbrechung der Verjährung ein Rechtsschutzgesuch im Sinn von Art. 135 Ziff. 2 OR stellen. Sobald der Schuldner über eine derartige Unterbrechungshandlung des Gläubigers orientiert ist, kann er das zur Beweissicherung Nötige vorkehren und - falls die Möglichkeit eines Rückgriffs auf einen Dritten besteht - die entsprechenden Schritte einleiten. Damit die in Art. 135 Ziff. 2 OR aufgezählten Handlungen die Verjährung unterbrechen, müssen sie, wie namentlich die französische Fassung der Bestimmung deutlich macht, grundsätzlich vom Forderungsgläubiger ausgehen (BGE 111 II 358 E. 4a S. 364 f.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung tritt die Unterbrechungswirkung aber ebenfalls ein, wenn die Handlung zwar nicht vom Gläubiger, sondern von einem nicht berechtigten Dritten ausgeht, der Schuldner nach dem Vertrauensprinzip jedoch zweifelsfrei erkennt oder erkennen kann, um welche Forderung es geht. Auch in diesem Fall hat der Schuldner nämlich die Möglichkeit, sich auf die Situation einzustellen, so dass er nicht in seinen schutzwürdigen Interessen verletzt wird, wenn trotz der fehlenden Berechtigung des Dritten der Eintritt der Verjährungsunterbrechung bejaht wird (BGE 136 III 545 E. 3.4.1 S. 551 mit Hinweis auf die Urteile 4C.363/2006 vom 13. März 2007 E. 4.2 und 4C.185/2005 vom 19. Oktober 2006 E. 3.2; Frage noch offen gelassen in BGE 114 II 335 E. 3c S. 339).
Für die erforderliche Annahme, der Schuldner habe nicht darüber im Zweifel sein können, um welche Forderungen es ging, war im zitierten Urteil 4C.185/2005 und in einem früheren, in die gleiche Richtung gehenden Urteil (C.77/1980 vom 24. Juni 1980, E. 4c [in BGE 114 II 335 E. 3c S. 339 zitiert]) ausschlaggebend, dass die Personen, die die Unterbrechungshandlungen vornahmen, mit den (übrigen) Gläubigern durch ein Gemeinschaftsverhältnis (Interessengemeinschaft bzw. Stockwerkeigentümergemeinschaft) verbunden waren und mit diesen gemeinsam für die Schuldner erkennbar Schritte zur Durchsetzung bestimmter Ansprüche unternahmen (Urteil 4C.363/2006 vom 13. März 2007 E. 4.2 in fine).
3.1.2 Die Vorinstanz ging von dieser Rechtsprechung aus und hielt zunächst fest, der Verein X._____ Versicherung sei mit den Beschwerdegegnerinnen durch ein Gemeinschaftsverhältnis verbunden, sei er doch Alleinaktionär der X._____ Holding AG, der die Beschwerdegegnerinnen eingegliedert seien. Sodann stellte sie aufgrund der Vorgeschichte des Prozesses fest, der Beschwerdeführer habe zweifellos gewusst, welche

Forderung der Verein X._____ Versicherung mit seinem Vermittlungsbegehren geltend machte. An diese Feststellung tatsächlicher Natur ist das Bundesgericht gebunden. Der Beschwerdeführer bestreitet diese zwar, erhebt dagegen aber keine hinreichend substanziierte Sachverhaltsrüge, legt insbesondere nicht rechtsgenüglich dar, weshalb sie willkürlich sein soll. Er beschränkt sich vielmehr darauf, in appellatorischer Weise und unter freier Ergänzung des im angefochtenen Urteil festgestellten Sachverhalts seine eigene Sicht der Dinge darzulegen und zu behaupten, er habe nicht wissen können, um welche Forderung genau es sich gehandelt habe. Darauf kann nicht eingetreten werden (Erwägung 2 vorne).
Nach der vorstehend dargestellten Rechtsprechung ist es sodann für die Frage, ob die Unterbrechungswirkung eintritt, unerheblich, dass der Verein X._____ Versicherung das Vermittlungsbegehren nicht als Vertreter der Beschwerdegegnerinnen gestellt und auch nicht irrtümlich eine falsche Parteibezeichnung gewählt habe, wie der Beschwerdeführer weiter geltend macht. Entscheidend ist allein, ob der Beschwerdeführer wusste, um welche Forderung es dabei ging bzw. aufgrund welcher Ereignisse eine Forderung gegen ihn erhoben wurde und dass die "X._____" an dieser festhielt. Dies war nach den vorinstanzlichen Feststellungen der Fall, habe er doch vorhergehend gegenüber der "X._____" bzw. gegenüber der "Krankenkasse X._____" unter Bezugnahme auf den Schadenfall des Geschädigten B._____ Verjährungsverzichtserklärungen abgegeben. Damit war er veranlasst, das zur Wahrung seiner Interessen Erforderliche vorzukehren.
Daran ändert nichts, wenn für den Beschwerdeführer damals noch nicht erkennbar gewesen sein mag, welcher juristischen Person innerhalb der Struktur des Vereins X._____ Versicherung die geltend gemachte Forderung streng rechtlich zustand bzw. welche Rechtsperson sie geltend machte. Denn dies war für die rechtliche Situation des Beschwerdeführers im damaligen Zeitpunkt unerheblich, wäre es den Beschwerdegegnerinnen doch möglich gewesen, die Forderungen in die sie (behauptetermassen) subrogiert waren, nachträglich an den Verein X._____ Versicherung abzutreten, worauf dieser das Verfahren hätte prosequieren können. Das Bundesgericht hat denn auch schon in einem vor längerer Zeit beurteilten Fall eine Ladung zu einem Aussöhnungsversuch betreffend Forderungen von Gläubigern, die auch die Ansprüche von weiteren, mit ihnen gemeinschaftlich verbundenen Gläubigern geltend machten, die ihnen im betreffenden Zeitpunkt noch nicht zediert worden waren, als für sämtliche Ansprüche verjährungsunterbrechend anerkannt (Urteil C.77/1980 vom 24. Juni 1980 E. 4).
Entsprechend schloss die Vorinstanz in anderem Zusammenhang zu Recht, es sei für den Beschwerdeführer nicht darauf angekommen, welcher der mehreren juristischen Personen der X._____ Gruppe die Forderungen streng rechtlich zustanden.
An der einmal eingetretenen Unterbrechungswirkung, dass die Verjährungsfrist von neuem beginnt (Art. 137 Abs. 1 OR), ändert es selbstredend nichts, wenn der Verein X._____ Versicherung den Leitschein nachfolgend verfallen und die Beschwerdegegnerinnen vor Ablauf der Verjährungsfrist ein neues Vermittlungsbegehren stellen liess. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er habe aus dem Verfall des Leitscheins schliessen dürfen, dass die Forderung nicht mehr durchgesetzt werden sollte, weshalb die Unterbrechungswirkung nachträglich wieder aufgehoben worden sei, kann ihm nicht gefolgt werden. Die Verjährung wurde mit dem Vermittlungsbegehren vom 17. Juli 2006 unterbrochen und die Verjährungsfrist begann neu zu laufen. Vor Ablauf dieser Frist durfte der Beschwerdeführer allein aus dem Verfall des ersten Leitscheins nicht annehmen, dass die Forderung nicht mehr weiterverfolgt werden sollte.
Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, indem sie dem Vermittlungsbegehren vom 17. Juli 2006 verjährungsunterbrechende Wirkung beimass. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

3.2 Nach Art. 60 Abs. 1 OR verjährt der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung in einem Jahre von dem Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet. Im vorliegenden Fall ist umstritten, in welchem Zeitpunkt der Geschädigte, B._____, im Sinne von Art. 60 Abs. 1 OR Kenntnis vom Schaden erlangte.
Nach der Rechtsprechung hat der Geschädigte genügende Kenntnis vom Schaden, wenn er den Schadenseintritt, die Art und den ungefähren Umfang der Schädigung kennt und zur Formulierung einer Klage mit Begehren und Begründung in der Lage ist (BGE 136 III 322 E. 4.1 S. 229 f.; 131 III 61 E. 3.1.1 S. 68; 114 II 253 E. 2a S. 256; 112 II 118 E. 4 S. 123; 111 II 55 E. 3a S. 57 f.). Massgebend ist die tatsächliche Kenntnis des Schadens und nicht der Zeitpunkt, in dem der Geschädigte bei gehöriger Aufmerksamkeit davon hätte Kenntnis erlangen können (BGE 136 III 322 E. 4.1 S. 330; 111 II 55 E. 3a S. 57 f.). Dieser braucht nicht genau zu wissen, wie hoch der Schaden ziffernmässig ist, zumal auch künftiger Schaden eingeklagt werden und dieser nötigenfalls nach Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden kann (BGE 131 III 61 E. 3.1.1 S. 68; 114 II 253 E. 2a S. 256). Kennt der Geschädigte die wesentlichen Elemente des Schadens, so kann von ihm erwartet werden, dass er sich die weiteren Informationen beschafft, die für die Erhebung einer Klage notwendig sind (BGE 109 II 433 E. 2 S. 435). Im Falle von Personenschäden kann in der Regel der Schaden noch nicht hinreichend bekannt sein, wenn noch ungewiss ist, wie sich die gesundheitliche Situation entwickelt und ob ein Dauerschaden zurückbleibt (BGE 112 II 118 E. 4 S. 123; 74 II 30 E. 1b S. 35 f.; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2006, N. 29 zu Art. 60 OR mit Hinweisen). Hingegen liegt genügende Kenntnis vor, wenn die medizinischen Folgen der schädigenden Handlung abzusehen und mit grosser Wahrscheinlichkeit zu bestimmen sind, wenn sich der gesundheitliche Zustand stabilisiert hat (BGE 114 II 253 E. 2b S. 257; Urteil 4A_647/2010 vom 4. April 2011 E. 3.1). In Anbetracht der Kürze der Verjährungsfrist dürfen bezüglich der Möglichkeit der Abschätzung des Schadensumfanges an den Geschädigten allerdings keine strengen Anforderungen gestellt werden; es ist ihm je nach den konkreten Umständen eine angemessene Zeitspanne zuzugestehen, in der er selber oder mit Hilfe eines Dritten das Ausmass des Schadens abklären kann (BGE 111 II 55 E. 3a S. 57; 96 II 39 E. 2a).
Wenn ein Forderungsübergang durch Subrogation stattfindet (vgl. dazu die nachfolgende Erwägung 4) hat dies auf den Beginn und den Lauf der Verjährungsfrist keinen Einfluss, da der Anspruch des Geschädigten so auf die Versicherung übergeht, wie er dem Geschädigten gegenüber dem Schädiger zugestanden hätte (BGE 120 II 58 E. 4 S. 63; vgl. auch OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 1995, § 11 Rz. 35; ALEXANDER MÜLLER, Besonderheiten beim Regress des Privatversicherers, in HAVE Personen-Schaden-Forum 2010, S. 49 ff., 66 f.).
Die Vorinstanz entschied, der Schaden sei dem Geschädigten mit dem Erhalt der letzten aktenkundigen Rechnung der Physiotherapie am 6. März 2006, die vom 4. März 2006 datiere und den Zeitraum vom 19. Dezember 2005 bis zum 16. Februar 2006 umfasse, ohne weiteres in seinen wesentlichen Elementen bekannt gewesen (vgl. dazu BREHM, a.a.O., N. 36 zu Art. 60 OR; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2008, S. 376 Rz. 1623; WERNER SCHWANDER, Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, 1963, S. 17). Die Verjährungsfrist habe deshalb am 7. März 2006 zu laufen begonnen. Den Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens wegen behaupteter späterer ärztlicher Nachkontrollen auf später festzulegen, wie die Beschwerdegegnerinnen befürworteten, lehnte sie ab.
Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, mit der Festlegung des Beginns der Verjährungsfrist auf den 7. März 2006 Bundesrecht verletzt zu haben. So habe die Verjährung bereits im Juni 2005 zu laufen begonnen. Er führt dazu aus, dass der Geschädigte in diesem Zeitpunkt den medizinischen Endzustand, d.h. einen stabilen Zustand erreicht gehabt habe,

was ihm bekannt gewesen sei. In diesem Zeitpunkt wäre die gerichtliche Einforderung des Schadens möglich gewesen, da der Schaden genügend abschätzbar gewesen sei. Diese Vorbringen und die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers in diesem Zusammenhang finden aber in den vorinstanzlichen Feststellungen keine Stütze und der Beschwerdeführer erhebt dazu keine Sachverhaltsrüge, die es dem Bundesgericht gegebenenfalls erlauben könnte, den Sachverhalt zu ergänzen oder ergänzen zu lassen. So zitierte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zwar ein Gutachten aus dem Jahre 2008, laut dem sich der Geschädigte bereits im Jahre 2005 in einem sehr guten Zustand befunden habe und die aktuell (d.h. im Jahre 2008) noch vorhandenen Beschwerden keiner physiotherapeutischen Behandlung bedürften. Sie stellte aber entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers nicht fest, dass sich der Geschädigte schon ab Juni 2005, ihm bekannt, in einem stabilen Zustand befand bzw. dass der medizinische Endzustand erreicht gewesen sei oder dass dem Verunfallten im Mai 2005 klar war, dass keine weitere Verbesserung oder Verschlechterung zu erwarten war.
Fehlt es damit an tatsächlichen Feststellungen, aus denen rechtlich geschlossen werden könnte, der Geschädigte habe vor dem 6. März 2006 im Sinne von Art. 60 OR Kenntnis des Schadens gehabt, bleibt es beim seitens der Vorinstanz festgestellten frühesten Beginn der Verjährungsfrist am 7. März 2006 (vgl. dazu BGE 111 II 55 E. 3a S. 58 oben).

3.3 Begann nach dem Ausgeführten die einjährige Verjährungsfrist nach Art. 60 OR am 7. März 2006 zu laufen (Erwägung 3.2) und wurde sie durch das Vermittlungsbegehren vom 17. Juli 2006 unterbrochen (Erwägung 3.1), waren die von den Beschwerdegegnerinnen geltend gemachten Ansprüche am Tag der Einreichung des prosequierten Vermittlungsbegehrens vom 27. März 2007 nicht verjährt. Es kann damit offen bleiben, ob die Vorinstanz überdies zu Recht angenommen hat, die vom Beschwerdeführer abgegebenen Verjährungsverzichtserklärungen hätten gegenüber den Beschwerdegegnerinnen Wirkung entfaltet.

4.
Was die strittigen VVG-Ansprüche anbelangt, herrscht Einigkeit darüber, dass die Schadensdeckung seitens der Beschwerdegegnerin 1 gegenüber dem Geschädigten aufgrund einer (freiwilligen) Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenversicherung erfolgte, die eine dem VVG unterstellte Schadenversicherung ist, und dass das Bestehen eines Regressanspruchs der Beschwerdegegnerin 1 (Schadenversicherer) gegenüber dem Beschwerdeführer (Werkeigentümer) durch die Art. 72 VVG und Art. 51 OR bestimmt wird (vgl. dazu BREHM, a.a.O., N. 68 zu Art. 51 OR). Ebenso wenig wird vorliegend in Frage gestellt, dass von der Regressordnung nach Art. 51 OR wegen ihrer zwingenden Natur nicht abgewichen werden kann, weshalb jede Abtretung von Ansprüchen des Geschädigten an einen Haftpflichtigen unwirksam ist (vgl. Bst. A vorne; BGE 132 III 321 E. 2.3.2.2 S. 327, 626 E. 5.1 S. 639; 115 II 24 E. 2b S. 27). Strittig ist aber, ob der Beschwerdegegnerin 1 hinsichtlich der VVG-Ansprüche gestützt auf Art. 51 Abs. 2 OR und Art. 72 VVG ein Regressrecht gegen den als Werkeigentümer, d.h. kausal haftenden Beschwerdeführer zusteht.

4.1 Nach der Regressordnung von Art. 51 Abs. 2 OR hat im Innenverhältnis von mehreren Ersatzpflichtigen in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden zu tragen, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift (kausal) haftet. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist der Versicherer, der den Ersatz des Schadens aus Vertrag übernommen hat, ein aus Vertrag Haft- bzw. Ersatzpflichtiger im Sinne von Art. 51 Abs. 2 OR und steht somit auf der zweiten Stufe der Regressordnung. Er kann somit gegenüber demjenigen, der für den Schaden ohne Verschulden aufgrund einer

Gesetzesvorschrift (kausal) haftet, keinen Rückgriff nehmen bzw. muss sich selber einem allfälligen Rückgriff durch den kausal Haftenden, der Entschädigung geleistet hat, stellen (BGE 120 II 191 E. 4c; 107 II 489 E. 5a S. 495; 80 II 247 E. 5 S. 254 ff.; vgl. auch BGE 118 II 502 E. 2b S. 505 und E. 3; 114 II 342 E. 3; BREHM, a.a.O., N. 60 f., 82b ff. zu Art. 51 OR; CHRISTOPH GRABER, in: Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2001, N. 7/9 zu Art. 72 VVG; ANTON K. SCHNYDER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 22 zu Art. 51 OR; FRANZ WERRO, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 2003, N. 15 ff. zu Art. 51 OR; STEPHAN MAZAN, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, N. 24 f. zu Art. 51 OR; MORITZ W. KUHN, Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. 2010, S. 312 ff.; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl. 1997, S. 569 f.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2009, Rz. 88.33; REY, a.a.O., Rz. 1574; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2002, S. 158; YAEL STRUB, Der Regress des Schadensversicherers de lege lata - de lege ferenda, 2011, S. 67 f., 77).
Der Rückgriff des Versicherers wird zudem spezialgesetzlich in der bereits in einem früheren Zeitpunkt erlassenen Bestimmung von Art. 72 VVG geregelt. Danach geht der Ersatzanspruch, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht, insoweit auf den Versicherer über, als er Entschädigung geleistet hat. Nach der Rechtsprechung und herrschenden Lehre steht diese Bestimmung selbständig neben Art. 51 OR und ist kumulativ zu dieser anwendbar, wobei es allerdings, um sie mit dem später erlassenen Art. 51 Abs. 2 OR in Einklang zu bringen, nötig ist, die Worte "unerlaubte Handlung" in Art. 72 Abs. 1 VVG mit "schuldhaft" zu ergänzen. Dies führt dazu, dass der Versicherer gestützt auf diese Bestimmung nur auf einen ausservertraglich Haftpflichtigen Regress nehmen kann, den ein Verschulden trifft, nicht aber auf einen allein aus gesetzlicher Vorschrift, d.h. kausal Haftpflichtigen (vgl. dazu die vorstehend zitierte Rechtsprechung und Literatur).
Die dargestellte herrschende Lehre und Rechtsprechung berücksichtigt insbesondere, dass Art. 51 OR vom historischen Gesetzgeber gerade im Hinblick auf Versicherungsgesellschaften ins Gesetz aufgenommen wurde; es erschien diesem unbillig, dass die Versicherungen Schäden auf Ersatzpflichtige abwälzen können, die bloss aufgrund einer Gesetzesvorschrift und ohne eigenes Verschulden haften, während sie selbst die Schadensmöglichkeiten in ihre Prämien einkalkulieren und sich auf diese Weise bis zu einem gewissen Grade zum Voraus für künftige Schäden bezahlt machen können; der Gesetzgeber wollte daher den Versicherer den Schaden vor dem kausal, ohne Verschulden Haftenden tragen lassen (vgl. dazu BGE 80 II 247 E. 5 S. 255; 63 II 143 E. 7 S. 155; 47 II 408 E. 4 S. 415 f.; 45 II 638 E. 4; BREHM, a.a.O., N. 82d zu Art. 51 OR; GRABER, a.a.O., N. 6 zu Art. 72 VVG; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2005, § 11 Rz. 42).
Dass den Beschwerdeführer vorliegend ein Verschulden am Unfall des Geschädigten treffe, und er daher ausser als Werkeigentümer auch als Verschuldenshaftpflichtiger herangezogen werden könnte, ist den vorinstanzlichen Feststellungen nicht zu entnehmen (vgl. dazu BGE 107 II 489 E. 5b S. 496; 77 II 243 E. 2 S. 248). Ebenso wenig sind besondere Umstände festgestellt, die ein Abweichen von der bloss "in der Regel" geltenden Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR rechtfertigen könnten (vgl. dazu BGE 76 II 387 E. 4 S. 392 f.; 47 II 408 E. 4; 45 II 638 E. 4 S. 649; BREHM, a.a.O., N. 80 ff., 84 zu Art. 51 OR; STRUB, a.a.O., S. 82).
Nach der Rechtsprechung und herrschenden Lehre kommt daher der Beschwerdegegnerin 1 gegenüber dem Beschwerdegegner kein Regressanspruch zu.

4.2 Gegen die herrschende Auffassung ist allerdings in der Literatur Kritik erwachsen, die sich auf beachtliche Argumente zu stützen vermag. So führte ANDREAS VON TUHR bereits im Jahre 1922 aus, es sei Zweck der Versicherung, dem Versicherten einen Schaden zu ersetzen, und zwar auch dann, wenn ihm für diesen Schaden ein Dritter nach gesetzlicher

Vorschrift hafte. Denn dem Versicherten solle die Mühe und das Risiko eines Prozesses gegen den Dritten erspart bleiben. Dagegen habe die Versicherung nicht den Zweck, den Dritten von der Haftung zu entlasten, die ihm das Gesetz auferlege; es sei nicht einzusehen, weshalb eine vom Gesetz als angemessen erachtete Haftung durch den Umstand ausgeschlossen sein solle, dass der Geschädigte einen Versicherungsvertrag abgeschlossen und Prämien bezahlt habe. Eine solche Entlastung des nur durch Gesetzesvorschrift Haftenden könnte diesen überdies dazu verleiten, Massregeln zu unterlassen, durch die eine Schädigung des Versicherten vermieden werden könnten (ANDREAS VON TUHR, Rückgriff des Versicherers nach Art. 51 OR und Art. 72 VVG, SJZ 1922 S. 233 ff., 235). Dieser Kritik ist das Bundesgericht in einem einzelnen, vor längerer Zeit ergangen Urteil offenbar gefolgt, indem es ausführte, es sei nicht einzusehen, wieso ein Dritter, nach Gesetz Haftender davon profitieren dürfen sollte, dass der Geschädigte oder sein Arbeitgeber Versicherungsprämien bezahlt habe (BGE 63 II 143 E. 7 S. 156; dazu STRUB, a.a.O., S. 81 f.). Daran wurde aber in späteren Entscheiden unter Nachachtung des historisch-gesetzgeberischen Willens nicht festgehalten (vgl. BGE 76 II 387 E. 2 S. 390 f.; 77 II 243 E. 2 S. 247 f.; 80 II 247 E. 5 S. 255; 103 II 330 E. 4b/dd S. 337).
Der vorstehend dargestellten Kritik VON TUHRS an der herrschenden Auffassung bzw. an der de lege lata bestehenden Rechtslage haben sich im Laufe der Zeit verschiedene Autoren angeschlossen. Es wird von ihnen namentlich als eine Fehlentscheidung des Gesetzgebers bezeichnet, dem Versicherer durch die Einreihung in die zweite Stufe der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR den Rückgriff auf kausal Haftpflichtige zu nehmen. Der Versicherer werde zu Unrecht als Haftpflichtiger im Sinne von Art. 50 f. OR behandelt, obwohl er den Schaden in Erfüllung seiner primären Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag decke und nicht (sekundären) Schadenersatz aus Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages leiste. Dem Versicherer den Rückgriff auf Kausalhaftpflichtige zu verwehren, führe auch zu einer falschen Kostenverteilung, weil die Zahlung von Schäden die vertragliche Gegenleistung zum Einkassieren von Prämien sei, die nicht bezahlt würden, um Kausalhaftpflichtige zu entlasten, und die, da aufgrund von Statistiken berechnet, reduziert werden könnten, wenn dem Versicherer der Rückgriff auf kausal Haftpflichtige erlaubt würde. Ein Abweichen von der bestehenden Praxis bzw. eine Änderung de lege ferenda sei auch geboten, weil sich die Verhältnisse mit der Einführung zahlreicher Kausal- und Gefährdungshaftungstatbestände stark geändert hätten; die bestehende Praxis bzw. Rechtslage sei nicht mehr zeitgemäss und führe auch zu unverständlichen Unterschieden zur Regelung im Sozialversicherungsrecht, wo den Versicherern vom Gesetz (Art. 72 Abs. 1 ATSG; SR 830.1) ein integrales Regressrecht zuerkannt werde (vgl. OFTINGER/STARK, a.a.O., § 11 Rz. 31 ff., 65 ff.; HONSELL, 2005, a.a.O., § 11 Rz. 40 f.; derselbe, Der Regress des Versicherers im schweizerischen Recht, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, 1998, S. 279 ff.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, § 75 Rz. 186/191; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, 2010, S. 262 f.; MÜLLER, 2010, a.a.O., S. 49 ff.; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Zusammenspiel zwischen Haftpflicht und beruflicher Vorsorge, in: Festschrift für Heinz Hausheer, 2002, S. 611 ff., 620 f.; vgl. auch die Wiedergabe der Kritik in BGE 132 III 321 E. 2.3.2.3 S. 328 mit weiteren Literaturhinweisen sowie die Kritik an der bestehenden Rechtslage und die Anregung einer Gesetzesänderung bei STRUB, a.a.O., S. 77 ff., 81 ff., 86 f.; ferner: BREHM, a.a.O., N. 121 ff. zu Art. 51 OR). Die geltende Praxis betone das Verschuldensprinzip zu stark und berücksichtige nicht, dass sich eine Heranziehung des kausal Haftenden zur Schadensdeckung rechtfertige, weil er von einer Tätigkeit, einem Werk oder dem Betrieb einer Anlage profitiere (STRUB, a.a.O., S. 89 f.). Überdies führe die geltende, für die Versicherer ungünstige Regressordnung zu Präventivmassnahmen derselben in Form von Deckungsausschluss- und Subsidiaritätsklauseln in den AVB (ALEXANDER MÜLLER, Regress im

Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, 2006, S. 99 f.; derselbe, 2010, a.a.O., S. 50 f.; STRUB, a.a.O., S. 79).

4.3 Die dargestellte Kritik fand bei jüngeren Gesetzgebungsarbeiten Berücksichtigung. So wurde im Rahmen der einst geplanten, vom Bundesrat aber aufgegebenen (vgl. die Medienmitteilung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 21. Januar 2009 in: www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/rechtsetzung/abgeschlossene_rechtsetzungsprojekte/haftpflicht.html) Gesamtrevision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts ein integrales Regressrecht des Versicherers ins Auge gefasst, das diesem einen Rückgriff auf einen Dritten unabhängig davon erlauben sollte, auf welcher Grundlage dieser ersatzpflichtig ist (vgl. dazu WERRO, a.a.O., N. 25 zu Art. 51 OR). Diese unbeschränkte Subrogation wurde allerdings wieder relativiert, indem das Rückgriffsrecht bzw. dessen Umfang von der Würdigung "aller Umstände" abhängig gemacht und damit dem richterlichen Ermessen unterstellt wurde (HAUSHEER/JAUN, Regress, ZBJV 2000 S. 927 ff., 929; STRUB, a.a.O., S. 94 f.; RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 624 f.).
Ein integrales Regressrecht des Versicherers wird auch in der laufenden Revision des VVG vorgeschlagen. So sehen sowohl der Art. 63 Abs. 2 VE-VVG vom 31. Juli 2006 der Expertenkommission Totalrevision VVG als auch der Art. 76 Abs. 2 VE-VVG vom 21. Januar 2009 des Eidg. Finanzdepartements (EFD; Vernehmlassungsvorlage) ohne weitere Einschränkung vor, dass der Schadenversicherer für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung in die Rechte der versicherten Person eintritt. Im Erläuternden Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf vom 31. Juli 2006 (S. 60) und im Erläuternden Bericht des EFD vom 24. Februar 2009 zur Vernehmlassungsvorlage (S. 69 f.) wird dazu u.a. Folgendes ausgeführt:
"Der Geschädigte wird in aller Regel darauf verzichten, den beschwerlichen Weg der Anspruchsdurchsetzung gegenüber einem Ersatzpflichtigen zu beschreiten, wenn er seinen Anspruch auch gegenüber einem Versicherungsunternehmen geltend machen kann. Artikel 76 Absatz 2 E-VVG übernimmt deshalb den Grundgedanken von Artikel 72 Absatz 1 VVG und führt diesen den praktischen Bedürfnissen entsprechend weiter, indem er im Rahmen der vom leistenden Versicherungsunternehmen gedeckten gleichartigen Kategorien von Schadensposten den Eintritt (Subrogation) in die Rechte des Versicherten statuiert. Damit soll im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 72 Abs. 1 VVG: Rückgriff grundsätzlich nur auf den aus unerlaubter Handlung [Verschulden] Haftpflichtigen) das Versicherungsunternehmen gegen sämtliche Ersatzpflichtige vorgehen können - unabhängig davon, ob diese aus unerlaubter Handlung, Vertragsverletzung oder aus einer Kausalhaftung zum Ersatz verpflichtet sind. Ähnlich wie dem Sozialversicherer (Art. 72 Abs. 1 ATSG) soll auch dem privaten Schadensversicherungsunternehmen ein umfassendes (integrales) Regressrecht gegen sämtliche Haftpflichtige eingeräumt werden. Es gibt keine Gründe, weshalb gewisse Haftungskategorien vom Regress ausgeschlossen werden sollten, vielmehr führt die Belastung der Risikogemeinschaft des Schadensverursachers auch zu einer sinnvollen Kostenverteilung. Zudem wird mit einer Ausweitung des Regressrechts die Regressabwicklung wesentlich vereinfacht. Artikel 76 Absatz 2 E-VVG geht den allgemeinen Bestimmungen von Artikel 50 f. OR vor und lässt, im Gegensatz zum dispositiven Artikel 72 Absatz 1 VVG, aufgrund seiner zwingenden Ausgestaltung keinen Raum für Abreden, die den Versicherungsnehmer benachteiligen könnten (so ist beispielsweise die Zession zukünftiger Haftpflichtansprüche an das Versicherungsunternehmen nicht mehr zulässig)".
Der vorgeschlagenen Regelung ist im Vernehmlassungsverfahren keine Opposition erwachsen (vgl. Bericht des EFD vom Oktober 2009 über die Vernehmlassungsergebnisse zur Revision des VVG, S. 42).

4.4 In einem vor einigen Jahren ergangenen Urteil (BGE 126 III 521 E. 2b S. 522 f.) hatte das Bundesgericht darüber zu entscheiden, ob dem Arbeitgeber für die Lohnfortzahlungen an einen verunfallten Arbeitnehmer ein Regressrecht gegen den Unfallverursacher zustehe. Es bejahte dies, wobei es sich auf eine Argumentation stützte, die sich teilweise derjenigen annähert, welche zur Begründung der Kritik an der Praxis zum Regressrecht der Schadenversicherer angeführt wird (vgl. Erwägung 4.2 vorne). Das Bundesgericht nahm mangels gesetzlicher Regelung bezüglich des Regressanspruchs des Arbeitgebers eine Gesetzeslücke an, die in analoger Anwendung von Art. 51 Abs. 2 OR zu schliessen sei. Eine unmittelbare Anwendung dieser Bestimmung falle, wie das Bundesgericht ausführte, ausser Betracht, da der Arbeitgeber nicht zum Kreis der gemäss Art. 51 OR Haftpflichtigen zähle, sondern mit der Lohnzahlung unabhängig vom schädigenden Ereignis seine gesetzliche oder vertragliche Leistungspflicht erfülle. Da der Arbeitgeber seinen Vertrag erfülle und nicht aus Schlechterfüllung für den entstandenen Schaden hafte, könne die in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehene Abstufung nach der Haftung aus unerlaubter Handlung, Vertrag oder Gesetz nicht auf die Lohnfortzahlung des Arbeitgebers übertragen werden. Der Regress stehe dem Arbeitgeber auch gegenüber einem kausal Haftenden zu, da sich die Lohnfortzahlungspflicht nicht zu dessen Gunsten auswirken solle. Der Arbeitgeber sei diesbezüglich den subrogierenden Sozial- und Schadensversicherern gleichzustellen, auch wenn diese ihre Rechtsstellung bereits im Unfallzeitpunkt erlangt hätten.
In der Lehre wird dieses Urteil teilweise als Anzeichen eines "Gesinnungswandels" des Bundesgerichts verstanden, der "Hoffnungen" auf eine Praxisänderung im Sinne der Einräumung eines integralen Regresses zu Gunsten des Schadensversicherers aufkommen lasse; indem das Bundesgericht für die Auslegung auf die Subrogation des Sozial- und Schadensversicherers zurückgreife und diese Versicherer gleich behandle, gestehe es Letzterem implizit ein Regressrecht ein (so MÜLLER, 2010, a.a.O., S. 54; derselbe, 2006, a.a.O., S. 97 f.). Andere Autoren bezweifeln zwar, ob allein der Umstand, dass die Situation des Arbeitgebers vom Bundesgericht auch mit der des Schadensversicherers verglichen wird, für eine Praxisänderung spreche, und vermuten, es könnte sich dabei um ein redaktionelles Versehen handeln (HAUSHEER/JAUN, a.a.O., S. 929; so sinngemäss auch WOLFGANG PORTMANN, Die Ersatzpflicht des Schädigers eines Arbeitnehmers für Lohnfortzahlungen und Nebenleistungen des Arbeitnehmers, ARV 2001 S. 110 ff., 113; vgl. auch KOLLER, a.a.O., § 75 Rz. 190). Es wird aber von ihnen, wie auch von weiteren Autoren, betont, dass die Argumentation des Bundesgerichts für den integralen Regress des Arbeitgebers, um Widersprüche zu vermeiden, auch bei der Beurteilung der Frage, ob dem Schadensversicherer ein integraler Regress einzuräumen sei, Geltung beanspruchen können müsse (ROLAND SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, 2007, § 22 Rz. 7 ff., 85 ff.; HAUSHEER/JAUN, a.a.O., S. 929; RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 621; STRUB, a.a.O., S. 91 f.).

4.5 Die Vorinstanz berücksichtigte bei ihrem Entscheid, der Beschwerdegegnerin 1 ein Regressrecht auf den Beschwerdeführer zuzugestehen, im Wesentlichen die vorstehend erwähnte Kritik in der Lehre am Ausschluss eines Rückgriffsrechts des Schadensversicherers auf Kausalhaftpflichtige (Erwägung 4.2 vorne), die Gesetzgebungsarbeiten zur Revision des VVG (Erwägung 4.3 vorne) und die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 126 III 521 (Erwägung 4.4 vorne) und in BGE 63 II 521 E. 7 (Erwägung 4.2 vorne). Sie kam in ihren sorgfältig begründeten Erwägungen zum Schluss, die allgemeinen Rechtsanschauungen und die Rahmenbedingungen hätten sich seit Erlass der Bestimmung von Art. 51 Abs. 2 OR wesentlich geändert, indem sich ein fein abgestimmtes und ausgewogenes System von Privat- und Sozialversicherungen entwickelt habe und das Verschuldensprinzip durch die Einführung von immer mehr Kausalhaftungstatbeständen infolge der technischen Entwicklung in den Hintergrund getreten sei. Dementsprechend sei der Wille des historischen Gesetzgebers zu relativieren und eine von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung abweichende

Auslegung von Art. 51 Abs. 2 OR und Art. 72 VVG angebracht, der auch der Wortlaut und die systematische Stellung der Bestimmungen im Gesetz nicht entgegenstünden.

4.6 Eine Änderung der Praxis lässt sich regelmässig nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten. Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Interesse der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (BGE 136 V 313 E. 5.3.1; 136 III 6 E. 3 mit Hinweisen).
Unter den im heutigen Zeitpunkt gegebenen Umständen rechtfertigt sich vorliegend keine Praxisänderung. Dass dem Schadensversicherer kein Rückgriffsrecht gegen Kausalhaftpflichtige zusteht, entspricht der wohl nach wie vor herrschenden Lehre und der jahrzehntealten konstanten Praxis des Bundesgerichts. Das Bundesgericht ist von dieser trotz der bereits seit dem Jahre 1922 geübten Kritik, die im Laufe der Jahre auch dogmatisch weiter untermauert wurde, nur in einem isolierten, vor langer Zeit beurteilten Fall (BGE 63 II 143 E. 7; vorstehende Erwägung 4.2) abgewichen. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass sich die Versicherungspraxis auf die entsprechende Rechtslage eingestellt hat, so dass eine Änderung der Rechtsprechung im heutigen Zeitpunkt aus Rechtssicherheitsgründen besonders gewichtige Gründe voraussetzt (vgl. dazu BREHM, a.a.O., N. 80c zu Art. 51 OR). Mit der konstanten Rechtsprechung wird dem eindeutigen Willen des historischen Gesetzgebers nachgelebt, dass der Versicherer, der sich durch die Prämien für mögliche Schadensfälle bezahlt macht, den Schaden in der Regel vor einem ohne sein Verschulden Haftenden tragen soll. Auch wenn dieser klare gesetzgeberische Entscheid zu einer diskussionswürdigen Kostenverteilung für Schadensereignisse führen mag, ist es nicht ohne weiteres Sache der Rechtsprechung, diesen zu ändern, auch wenn seither einige Zeit verflossen ist. Dies umso weniger, wenn sich - wie im vorliegenden Fall - der Gesetzgeber selber im Rahmen einer umfassenden Gesetzesrevision der Frage angenommen hat. In diesem Fall rechtfertigt es sich nicht, der Revision vorzugreifen, auch wenn diese im fraglichen Punkt in die von der Vorinstanz eingeschlagene Richtung geht und sich vorliegend das Bestehen von geänderten Auffassungen und Verhältnissen im Gesetzgebungsverfahren erhärtet zu haben scheint (vgl. Erwägung 4.3 vorne in fine). Vielmehr ist das Inkrafttreten der Revision abzuwarten, in deren Rahmen auch allenfalls erforderliche Abstimmungen mit anderen Vorschriften vorgenommen werden können.
Die vorgesehene Revision zielt zudem auf eine Änderung des bisherigen Rechts ab, gehen doch auch die Expertenkommission und das EFD hinsichtlich der heutigen Rechtslage von der bestehenden Praxis aus (Erwägung 4.3). Unter diesen Umständen kann die Revision weder bei der Auslegung des geltenden Rechts berücksichtigt werden noch die verlangte Praxisänderung rechtfertigen (vgl. in diesem Sinn auch BGE 136 III 6 E. 6 in fine).
Eine Praxisänderung lässt sich auch aufgrund des in den Erwägungen von BGE 126 III 521 Ausgeführten nicht begründen. Zunächst ist es offensichtlich, dass das Bundesgericht mit der blossen Erwähnung der Schadensversicherer neben den subrogierenden Sozialversicherern nicht von der bestehenden Praxis zum Regressrecht der Schadensversicherer abweichen wollte; hierzu hätte es einer eingehenden Begründung bedurft. Nach der - wohl diskutablen, aber von der konstanten Praxis und herrschenden Lehre beachteten - Logik und Wertung des historischen Gesetzgebers drängt sich sodann eine Gleichbehandlung des Arbeitgebers, der dem verunfallten Arbeitnehmer den Lohn fortzahlt, mit dem Schadensversicherer nicht auf. So erbringt der Versicherer seine Leistung an den Geschädigten aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung, für die er eine Gegenleistung in Form von Versicherungsprämien erhalten hat, während der Arbeitgeber im Krankheitsfall von Gesetzes wegen zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist, ohne dass er dafür die Arbeitsleistung oder eine andere spezifische

Gegenleistung erhält (so auch MÜLLER, 2006, a.a.O., S. 98). Zudem erbringt der Versicherer seine Leistung im Gegensatz zum Arbeitgeber nicht unabhängig von einem schädigenden Ereignis. Entsprechend wurde der Entscheid in der Lehre denn auch zu Recht nicht als klare Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung verstanden (Erwägung 4.4 vorne).

4.7 Nach dem Gesagten ist die von der Vorinstanz vorgeschlagene Praxisänderung abzulehnen. Demzufolge gestand die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin 1 zu Unrecht ein Regressrecht gegenüber dem Beschwerdeführer für die VVG-Ansprüche in der Höhe von Fr. 94'129.10 nebst Zins zu. Insoweit ist die Beschwerde gutzuheissen und die Klage der Beschwerdegegnerin 1 ist unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Entscheids abzuweisen.
Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage nicht mehr, ob der Beschwerdeführer als Miteigentümer an der Liegenschaft N._____gasse gegenüber der auf ihn regressierenden Beschwerdegegnerin 1 solidarisch für den ganzen Schaden bzw. alle Miteigentumsanteile haftbar wäre oder nur für den auf seinen Miteigentumsanteil entfallenden Teil des Schadens.

5.
Die Beschwerde ist demnach teilweise gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es den Beschwerdeführer in Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Maloja vom 5. Mai 2009 verpflichtet, der Beschwerdegegnerin 1 Fr. 94'129.10 zuzüglich Zins ab 28. März 2007 zu bezahlen. Die Klage der Beschwerdegegnerin 1 ist abzuweisen. Im Mehrumfang, d.h. soweit sie sich gegen die Gutheissung der Klage der Beschwerdegegnerin 2 richtet, ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Ferner ist die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Bezogen auf den strittigen Gesamtbetrag von Fr. 123'866.45 unterliegt der Beschwerdeführer zu rund einem Viertel und die Beschwerdegegnerin 1 zu rund drei Vierteln. Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- sind demnach zu einem Viertel dem Beschwerdeführer und zu drei Vierteln der Beschwerdegegnerin 1 aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens hat die Beschwerdegegnerin 1 den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'500.-- und der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin 2 mit Fr. 1'500.-- zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das angefochtene Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 9. Februar 2010 aufgehoben, soweit darin der Beschwerdeführer in Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Maloja vom 5. Mai 2009 verpflichtet wird, der Beschwerdegegnerin 1 Fr. 94'129.10 zuzüglich 5 % Zins ab 28. März 2007 zu bezahlen. Die Klage der Beschwerdegegnerin 1 wird abgewiesen.

Im Mehrumfang, d.h. soweit sie sich gegen die Gutheissung der Klage der Beschwerdegegnerin 2 richtet, wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Sache wird zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden im Umfang von Fr. 1'250.-- dem Beschwerdeführer und im Umfang von Fr. 3'750.-- der Beschwerdegegnerin 1 auferlegt.

4.
Die Beschwerdegegnerin 1 hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'500.-- zu entschädigen.

5.
Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin 2 für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'500.-- zu entschädigen.

6.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht von Graubünden, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. Juni 2011
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Widmer

Pra 96 (2007) Nr. 104

Bundesgericht, I. Zivilabteilung

Entscheid vom 26.09.2006 i.S. X. c. Y. SA. sowie Y. SA. c. X. und Z. SA. (4C.368/2005 und 4C.370/2005)

Übersetzt von Barbara Regamey-Straubhaar

(Originaltext französisch; Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt.)

BGE 133 III 6

Unechte Solidarität; Verjährung der Regressforderung zwischen mehreren Haftpflichtigen (Art. 51 und 143 ff. OR). Die Verjährung der Forderung des Geschädigten gegen einen von mehreren Haftpflichtigen hindert den Haftpflichtigen, der dem Geschädigten Ersatz geleistet hat, nicht daran, seine Regressforderung

gegen diesen Mithaftpflichtigen geltend zu machen, sofern er ihm so bald als möglich angezeigt hat, dass er ihn für mithaftpflichtig hält. Die Forderung verjährt grundsätzlich ein Jahr ab dem Tag, an dem der Geschädigte den Schadenersatz erhalten hat und der andere Haftpflichtige bekannt wurde; sie verjährt in jedem Fall mit Ablauf von zehn Jahren ab dem Tag, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat (E. 5). Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall (E. 6).

Sachverhalt:

Die Stiftung A. (nachfolgend: die Stiftung oder die Klägerin) führt mehrere Alters- und Pflegeheime (nachfolgend Heime) im Kanton Waadt. Im Jahre 1987 beauftragte sie den Architekten X. (nachfolgend: der Architekt oder der Beklagte) mit der Konzeption und der Leitung von Renovierungsarbeiten für den Innenausbau einer Liegenschaft, welche als Betagtenheim genutzt wird. Die Maurerarbeiten wurden an die Z. AG (nachfolgend Bauunternehmen oder die Beklagte) vergeben. Die vorgesehenen Umbauarbeiten umfassten namentlich auch den Einbau einer Vorratskammer in einer ehemaligen Waschküche. Dieses Vorhaben bedingte, dass im Boden dieses Raumes für die Kanalisation ein Graben ausgehoben werden musste, sowie dass dieser Boden in der der Gasleitung gegenüberliegenden Ecke des Raumes teilweise aufgebrochen werden musste.

Am 5. Oktober 1988 durchstach ein Mitarbeiter des Bauunternehmens bei der Ausführung dieser Abbrucharbeiten mit einem Presslufthammer die Gasleitung. Einige Augenblicke später kam es zu einer sehr gewaltigen Explosion, welche einen Teil der Liegenschaft zerstörte und Schäden an den benachbarten Liegenschaften verursachte. Die Rezeptionistin B. des Heimes sowie der Bauarbeiter C. wurden verletzt. Die in diesem Moment im Heim anwesenden Pensionäre erlitten keine Verletzungen, da sie sich nach Beendigung ihrer Mahlzeit alle in die oberen Stockwerke begeben hatten.

Im Oktober 1995 leistete die Versicherung des Architekten der Verletzten B. Schadenersatz. Im Weiteren erstattete sie der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) die von dieser für die Behandlungskosten von C. geleisteten Beträge sowie die von dieser ausgerichteten Taggelder, auf welche C. Anspruch hatte. Am 7. September 1999 trat die Versicherung dem versicherten Architekten die auf diesem Rechtsgrund beruhende Forderung gegen Dritte ab.

Die Explosion vom 5. Oktober 1988 führte auch zur Eröffnung einer Strafuntersuchung. Diese wurde am 28. Februar 1994 abgeschlossen und der Architekt, der Baustellenleiter und zwei Angestellte des Unternehmens Y. AG (nachfolgend Y. oder Streitberufene) verurteilt. Dieses Unternehmen, welches ein Monopol für die Ausführung von Arbeiten an Gasleitungen besitzt, hatte vormals im Innern der im Eigentum der Stiftung stehenden Liegenschaft Arbeiten vorgenommen, um die Gasinstallation ausser Betrieb zu setzen. Wie in Fällen üblich, in welchen der Kunde nicht endgültig auf diese Energiequelle verzichten

will, hatte Y. jedoch die Anschlussleitung unter Druck belassen. Die beiden Angestellten von Y. wurden vom Kassationshof in Strafsachen des Waadtländer Kantonsgerichts mit Urteil vom 31. Oktober 1994 freigesprochen.

Mit Erklärungen vom 21. und 22. September 1989 verzichteten der Architekt und das Bauunternehmen darauf, im Verhältnis zur Stiftung für alle Forderungen, welche diese aufgrund der Explosion vom 5. Oktober 1988 gegen sie geltend machen könnte, die Einrede der Verjährung anzurufen. Y. hingegen hatte keine derartige Erklärung abgegeben und von der Stiftung auch keine Zahlungsaufforderung im Zusammenhang mit dieser Explosion erhalten. Sie wurde auch von der Versicherung des Architekten nicht als haftpflichtig bezeichnet, denn diese hatte nicht am Zivilprozess teilgenommen.

Mit Eingabe vom 2. Juli 1996 erhob die Stiftung gegen den Architekten und gegen das Bauunternehmen als Solidarschuldner Klage auf Schadenersatz.

Der Architekt beantragte die Abweisung dieser Klage. Am 14. August 1996 verkündete er Y. den Streit, damit diese ihn von allen Geldforderungen befreie, welche ihm im Zusammenhang mit dem von der Stiftung erlittenen Schaden angelastet werden könnten, und damit Y. ihm einen Geldbetrag bezahle, der den Taggeldern entspreche, welche den beiden verletzten natürlichen Personen ausbezahlt worden waren.

In seiner Antwort vom 4. Mai 1998 schloss das Bauunternehmen, welches keinen Streit verkündet hatte, zur Hauptsache auf Abweisung der Klage und verlangte seinerseits widerklageweise die Bezahlung des Saldos seiner noch offenen Rechnungen. Eventualiter beantragte das Bauunternehmen, der Architekt und die Streitberufene Y. seien zu verpflichten, für alle möglicherweise gegen sie noch geltend gemachten Geldforderungen an ihrer Stelle einzustehen.

In ihren letzten Stellungnahmen schlossen die Beklagten auf die Abweisung der Klage. Mit Eventualanträgen verlangte jede der beklagten Parteien, dass die Streitberufene Y. und die jeweils andere, mitverantwortliche beklagte Partei sie von allen Geldforderungen, welche noch gegen sie geltend gemacht werden könnten, zu befreien habe.

Die Streitberufene Y. beantragte ihrerseits die Abweisung der gegen sie erhobenen Anträge und erhob in Bezug auf die Forderungen der Beklagten die Einrede der Verjährung.

Mit Urteil vom 9. Mai 2005 verurteilte der Zivilgerichtshof des Waadtländer Kantonsgerichts die Beklagten X. und Z. zur Bezahlung von Schadenersatz an die Klägerin. Gleichzeitig entschied der Gerichtshof über die Frage des Innenverhältnisses zwischen den beiden Mitschuldnern einerseits, sowie über die Frage des Verhältnisses dieser Mitschuldner gegenüber der Streitberufenen Y. anderseits. Letztere wurde dazu verurteilt, der Beklagten und dem Beklagten diejenige Geldsumme zu bezahlen, welche einen Viertel, bzw. die Hälfte des der Klägerin zugesprochenen Betrags übersteigt, jedoch höchstens einen Viertel des Letzteren (Ziff. III und IV des Urteilsdispositivs). Im Übrigen wurde sie dazu verurteilt, dem Beklagten einen Geldbetrag zu bezahlen, welcher einem Viertel

der an B. und an die SUVA für C. ausbezahlten Taggelder entsprach (Ziff. V des Urteilsdispositivs).

Der kantonale Zivilgerichtshof entschied im Wesentlichen, die Haftung des Architekten sei sowohl aus unerlaubter Handlung wie auch aus Vertrag gegeben. Dasselbe erkannte der Zivilgerichtshof für die Bauunternehmung, welche als Geschäftsherrin für den Schaden hafte, den ihre Arbeitnehmer (Art. 55 OR) und ihre Hilfspersonen (Art. 101 OR) verursacht hatten. Betreffend Y. entschied der Zivilgerichtshof, die Streitberufene habe eine Gefährdung geschaffen, indem sie eine im Inneren eines Gebäudes nur wenige Zentimeter unter dem Fussboden und über wenig mehr als vier Meter verlaufende Gasleitung unter Druck gelassen habe, obgleich es nicht unwahrscheinlich gewesen sei, dass im Gebäude Arbeiten vorgenommen werden könnten, und obgleich kein jederzeit zugänglicher Absperrhahn unmittelbar nach dem Eintritt der Leitung in das Gebäude vorhanden gewesen sei. Die erstinstanzlichen Richter entschieden, der Regressanspruch der Beklagten gegen die Streitberufene sei nicht verjährt. Sie wendeten die Regeln der unechten Solidarität an und teilten die Haftung unter den Schadensverursachern wie folgt auf: 50 % für den Architekten, 25 % für das Bauunternehmen und 25 % für Y.

Die Streitberufene und der Beklagte erheben gegen dieses Urteil Berufung beim Bundesgericht. Auf die von der Streitberufenen erhobene Berufung hin erhob die Beklagte Anschlussberufung.

Das Bundesgericht heisst die Berufung der Streitberufenen teilweise gut. Die Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung der Beklagten weist es ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen:

1.– 4. [. . .]

5.

Die Streitberufene rügt, die Richter der Vorinstanz hätten die Regeln der unechten Solidarität verletzt, indem sie die von ihr gegen die Regressansprüche des Architekten und des Bauunternehmens erhobene Verjährungseinrede nicht zugelassen hätten. Sie wirft den vorinstanzlichen Richtern vor, diese hätten sich für eine Lösung entschieden, welche dazu führe, dass der

einzig bei der echten Solidarität zulässige Mechanismus der Unterbrechung der Verjährungsfrist auch auf die Situation der unechten Solidarität ausgedehnt werde.

5.1 Die Schadenshaftung der Streitberufenen gegenüber der Klägerin gründet auf Art. 41 OR und ergibt sich aus der Schaffung eines gefährlichen Zustandes (Verletzung des Grundsatzes «neminem laedere»). Ein auf diesem Haftungsgrund basierender Anspruch auf Schadenersatz verjährt in einem Jahr von dem Tage hinweg, wo die geschädigte Partei vom Schaden und von der Person des

Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat. Im Übrigen verjährt der Anspruch auf Schadenersatz in jedem Fall mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet (Art. 60 Abs. 1 OR). Die hier Streitgegenstand bildende Explosion ereignete sich am 5. Oktober 1988. Es ist unbestritten und im Übrigen auch unbestreitbar, dass die absolute Verjährung für die Forderung der Stiftung gegenüber der Streitberufenen Y. im Verlaufe des Verfahrens («pendente lite») am 5. Oktober 1998 – somit vor der Fällung des kantonalen Urteils, welches die Möglichkeit schuf gegen diese Partei (Y.) hohe Regressansprüche geltend zu machen und ohne dass die Frist jemals unterbrochen worden wäre – eingetreten ist. Die Bestimmung des Ablaufes der Jahresfrist erweist sich im Übrigen als noch schwieriger, da diesbezüglich keine klaren Feststellungen gemacht wurden. Es ist wahrscheinlich, dass diese Frist bereits vor der Einleitung des Verfahrens abgelaufen war, welches mit dem hier angefochtenen Urteil abgeschlossen wurde, obgleich die Beklagte das Gegenteil behauptet (vgl. dazu E. 6.2.2.2). Nebenbei sei bemerkt, dass die in Art. 60 Abs. 2 OR vorbehaltene Verjährung für aus strafbaren Handlungen hergeleitete Klagen, für die das Strafrecht eine längere Frist vorschreibt, im zu beurteilenden Fall nicht zur Anwendung gelangt. Wenn vorliegend auch in der Tat davon ausgegangen werden kann, dass objektiv strafbare Handlungen begangen worden sind, so sind diese den beiden Angestellten der Streitberufenen anzulasten, welche nicht als deren Organe betrachtet werden können. Nach der Rechtsprechung findet jedoch die längere Verjährungsfrist des Strafrechts im Bereich der Haftung des Arbeitgebers für seine Hilfspersonen keinesfalls Anwendung (BGE 122 III 225 E. 5, dem ein obiter dictum eines in BGE 125 III 339 E. 3 b [in fine] später publizierten Urteils fälschlicherweise einen Sinn gibt, welcher der in BGE 122 III 225 E. 5 ausgedrückten Meinung widerspricht). Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Verjährung des Anspruchs der Geschädigten gegenüber den anderen Schadensverursachern zwar unterbrochen wurde, da diese ausdrücklich auf die Verjährungseinrede verzichtet hatten (BGE 112 II 231 E. 3 e/bb S. 233 = Pra 76 Nr. 65), dass jedoch dieser Umstand keinen Einfluss auf die Verjährung der Forderung der Geschädigten gegenüber der Streitberufenen Y. hat. Gemäss Art. 136 Abs. 1 OR wirkt die Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem Schuldner nur dann auf alle übrigen Schuldner, wenn es sich um einen Fall echter Solidarität handelt. In der vorliegend zu prüfenden Konstellation, in welcher zwischen den verschiedenen für den Schaden Verantwortlichen lediglich unechte Solidarität besteht, musste der Geschädigte die Verjährung vielmehr gegenüber jedem einzelnen Schadensverursacher unterbrechen (BGE 127 III 257 E. 6 a S. 264 m.Hinw.).

Die Ansprüche der geschädigten juristischen Person gegenüber einer für den Schaden mithaftpflichtigen Person waren somit, zumindest zum Zeitpunkt der Zulassung der Regressansprüche von zwei weiteren Mithaftenden gegenüber eben dieser haftpflichtigen Person, verjährt. Im Übrigen drängt sich die Prüfung der Frage auf, welchen Einfluss diese Situation auf die genannten Regressansprüche

hat oder, mit anderen Worten ausgedrückt, ob derjenige Haftpflichtige, welcher vom Geschädigten nicht belangt wurde, die Verjährung gegenüber den Ansprüchen des Geschädigten an ihn einem Mithaftenten entgegenhalten kann, welcher gegen ihn eine Regressklage erhebt. Um diese Frage beantworten zu können, müssen zu diesem Thema vorab der Stand der Rechtsprechung (E. 5.2.1) sowie die Lehrmeinungen (E. 5.2.2) in Erinnerung gerufen werden. Zudem sind auch die von anderen Rechtsordnungen gefundenen (E. 5.2.3) beziehungsweise in der Schweiz de lege ferenda vorgeschlagenen Lösungen dieses Problems (E. 5.2.4) kurz zu streifen. Anschliessend ist die streitige Frage unter Berücksichtigung dieser verschiedenen Aspekte zu entscheiden (E. 5.3), und schliesslich sind die aus dieser Analyse gewonnenen Grundsätze auf den konkreten Fall anzuwenden (E. 6).

5.2

Die Frage des Verhältnisses zwischen der vom Geschädigten angehobenen Hauptklage gegen die für den Schaden Mithaftenden (Aussenverhältnis) einerseits, und der Regressklage von einem der Haftpflichtigen gegen einen oder mehrere weitere Haftpflichtige (Innenverhältnisse) anderseits, ist vielgestaltig. Sie basiert auf den grundlegenden Begriffen des Haftpflichtrechts, wie demjenigen der Solidarität – sei es die echte oder unechte Solidarität – und demjenigen der Verjährung. Sie berührt im Weiteren das juristische Fundament des Regressanspruchs, sowie den Problemkreis des Beginns des Laufs der Verjährungsfrist und deren Dauer für die aus diesem Anspruch abgeleitete Klage. Die Komplexität dieser Problematik wird auch aufgrund der Vielfalt der dazu geäusserten Meinungen deutlich, und zwar sowohl derjenigen der Rechtsprechung, wie auch derjenigen der Doktrin, sei es in der Schweiz oder im Ausland. Auch die diesbezüglichen Vorschläge im Rahmen der in dieser Frage wünschbaren Gesetzgebung sprechen für die Schwierigkeit dieser Fragen.

5.2.1 In einem frühen Urteil (BGE 55 II 118E. 3 = Pra 18 Nr. 72) entschied das Bundesgericht, dass der «dies a quo» der Verjährungsfrist der Regressklage mit demjenigen der Hauptklage des Verletzten auf Schadenersatz identisch sei. Es legte diese Frist in Übereinstimmung mit Art. 60 OR auf ein Jahr fest, da es sich um einen Regress handelte, welcher von einem aus Vertrag Haftpflichtigen gegen einen aus Deliktshaftung Mitverantwortlichen geltend gemacht worden war. Eine solche Ansicht beruht – unabhängig von einem allfälligen Gläubigereintritt des Klägers in die Rechte des Geschädigten gegen den Schadensverursacher – auf der Idee, dass der Regressanspruch lediglich die Konsequenz der Deliktshaftung des Regressbeklagten darstellt. Daraus folgt auch, dass dieser Regress für den Beklagten nicht strenger ausfallen darf als die Haftpflicht selber.

In einem obiter dictum eines weiteren Entscheids, und ohne dies ausdrücklich festzuhalten, zweifelte das Bundesgericht diese Meinung an, indem es zur

Regressklage in Anlehnung an Art. 130 Abs. 1 OR ausführte, dass «ernsthaft geprüft werden müsste, ob die Frist nicht erst von der Zahlung der Entschädigung an zu laufen beginnen soll» (BGE 89 II 118 E. 5 b S. 123 = Pra 52 Nr. 135).

Ein im Jahr 1989 gefälltes Urteil fügte der Debatte neue Elemente hinzu (BGE 115 II 42 E. 2 = Pra 78 Nr. 138). Das Bundesgericht unterstrich darin, dass der Regressanspruch erst in dem Moment entstehe, in welchem der Haftpflichtige den Verletzten entschädigt habe. Dabei präzisierte es, die entsprechende Verjährungsfrist beginne von dem Zeitpunkt an zu laufen, in welchem der Haftpflichtige von seinem Regressanspruch Kenntnis erhalten habe. Diese Lösung führt somit zu einer Unterscheidung zwischen dem Zeitpunkt, in welchem die Regressforderung entsteht und demjenigen, in welchem die zugehörige Klagefrist zu laufen beginnt. Daraus ergibt sich, dass die Verjährung eintreten könnte, bevor die Forderung überhaupt entstanden ist. Andererseits macht das hier analysierte Urteil für die Zulässigkeit der Regressklage zur Bedingung, dass die konkurrierenden Ansprüche des Geschädigten gegen einen anderen Haftpflichtigen nicht bereits verjährt oder verwirkt sind. Was die Verjährungsfrist dieser Klage anbelangt, so beträgt diese gemäss diesem Urteil ein Jahr, und zwar ob nun Art. 60 Abs. 1 OR angewendet wird, oder ob man die rechtliche Grundlage des Regressanspruchs in den Bestimmungen zur ungerechtfertigten Bereicherung, bzw. in denjenigen zur Geschäftsführung ohne Auftrag suchen will, was die direkte oder analoge Anwendung von Art. 67 Abs. 1 OR rechtfertigt. Das Bundesgericht präzisierte zu diesem Punkt noch, dass die Regressklage der absoluten Verjährung von zehn Jahren unterliege, wobei diese Frist von demjenigen Tag an zu laufen beginne, an welchem sich der Schaden ereignet habe (Art. 60 Abs. 1 in fine OR).

In seinem ebenfalls im Jahre 1989 gefällten Urteil betreffend die Verjährung der Ansprüche eines Bauherrn aufgrund der Mängel an seinem Bauwerk (BGE 115 II 456 E. 2 = Pra 79 Nr. 189) erläuterte das Bundesgericht, dass die ratio legis von Art. 371 Abs. 2 OR, welcher dem Bauherrn für die Geltendmachung von Ansprüchen aus Mängeln gegenüber dem Unternehmer, dem Architekten oder dem Ingenieur dieselbe (fünfjährige) Frist setzt, darin bestehe, zu verhindern, dass der allenfalls vom Bauherrn innerhalb der ordentlichen Verjährungsfrist von zehn Jahren (Art. 127 OR) belangte Architekt oder Ingenieur, sich nicht mehr gegen den für den Mangel verantwortlichen Unternehmer wenden könne, da die Ansprüche des Bauherrn gegenüber ebendiesem Unternehmer bereits verjährt seien. Gemäss Peter Gauch (Der Werkvertrag, N 2297 und 2757) erlaubt es die Konzeption des schweizerischen Gesetzgebers zu Art. 371 Abs. 2 OR, so wie sie von der schweizerischen Rechtsprechung interpretiert worden ist, dass der Unternehmer, dessen Garantiehaftung für Mängel gegenüber dem Bauherrn verjährt ist, diese Verjährungseinrede ebenfalls den Ansprüchen des Architekten oder Ingenieurs entgegenhalten kann. In der Tat: Könnte er dies nicht tun, wäre die Bestimmung von Art. 371 Abs. 2 OR nicht notwendig, um die Regressrechte Letzterer gegen ihn zu gewährleisten.

Das unter BGE 116 II 645 E. 7 b/bb S. 650 = Pra 80 Nr. 45 veröffentlichte Urteil bestätigt die von den beiden genannten Urteilen aus dem Jahr 1989 aufgestellte Rechtsprechung. In diesem Urteil wird auch auf die Bestimmung von Art. 83 Abs. 3 SVG verwiesen, welcher seinem Wortlaut nach ausdrücklich vorsieht, dass der Regress unter den aus einem Motorfahrzeug- oder Fahrradunfall Haftpflichtigen und die übrigen in diesem Gesetz vorgesehenen Regressrechte in zwei Jahren vom Tag hinweg verjähren, an dem die zugrunde liegende Leistung vollständig erbracht und der Pflichtige bekannt wurde. Nach der Meinung des Bundesgerichts handelt es sich dabei um eine Spezialnorm, welche im Verhältnis zu der von der Rechtsprechung aufgestellten Regel eine Sonderbestimmung darstellt. Gemäss dieser Spezialnorm entsteht der Ausgleichsanspruch im Falle unechter Solidarität zwar zweifelsohne erst mit der Zahlung des Regressberechtigten an den Gläubiger, kann jedoch nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die konkurrierenden Ansprüche des Geschädigten gegenüber einem andern Haftpflichtigen bereits verjährt oder verwirkt sind (BGE 115 II 48 ff. E. 2 = Pra 78 Nr. 138).

Im Jahr 1996 beschäftigte sich das Bundesgericht erneut mit dieser Problematik, wobei es sich ganz genau an die im letztgenannten Urteil aufgestellten Grundsätze hielt. Es entschied, dass das Untätigbleiben des Regressberechtigten, nachdem dieser von seinem Regressanspruch Kenntnis erhalten hatte, dem Betroffenen untersage, geltend zu machen, die Ansprüche des Geschädigten gegenüber dem Regressbeklagten seien ihrerseits noch nicht verjährt gewesen (BGer, 2A.24/1994 vom 31. Januar 1996 E. 2 c).

Umgekehrt schliesst die Tatsache, dass solche Rechte verjährt sind, nicht notwendigerweise die Möglichkeit der Anhebung einer Regressklage aus, und zwar selbst dann nicht, wenn der Beklagte dieser Regressklage die Einrede geltend machen könnte, die Forderung des Geschädigten ihm gegenüber sei verjährt. So verhielt es sich in einem im Jahr 1997 beurteilten Fall, in welchem ein Unternehmer erfolglos die Verjährungseinrede gegen eine Regressklage des Bauherrn erhoben hatte, welcher die Rückerstattung derjenigen Geldbeträge verlangte, die er denjenigen Nachbarn hatte bezahlen müssen, welche wegen der mangelhaften Ausführung der Bauarbeiten durch den genannten Unternehmer zu Schaden gekommen waren (dieser Fall wird als Drittschadensliquidation bezeichnet). Das Bundesgericht unterstrich in diesem Fall, dass die Regressklage ihr juristisches Fundament in der vom Unternehmer begangenen Verletzung seiner Vertragspflichten habe und wies in der Folge die Einrede zurück, wobei es der Argumentation, die Ansprüche der geschädigten Nachbarn gegenüber dem verantwortlichen Unternehmer seien verjährt, keine Bedeutung zumass (BGer, 4C.3/1995 vom 27. Mai 1997 E. 4 c).

In einem unter BGE 127 III 257 veröffentlichten [. . .] Urteil aus dem Jahr 2001 bezeichnete das Bundesgericht die vom kantonalen Gerichtshof im BGE 115 II 42 E. 2 = Pra 78 Nr. 138 gezogene Schlussfolgerung, wonach das Erlöschen der konkurrierenden Ansprüche des Geschädigten wegen Verjährung in

jedem Fall die Anhebung der Regressklage gegen die Mithaftenden ausschliesse, als zumindest diskutabel (E. 6 a S. 265). Zwar hat es unter Berufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB bestätigt, dass der Regressberechtigte, wenn er grundlos die Stellung eines anderen Mithaftenden schwächt, namentlich indem er ihn nicht durch Streitverkündung in das Verfahren einbezieht, in welchem er der Gegenpartei des Geschädigten gegenüber steht, keinerlei Schutz verdient, und dass dem Regressberechtigten schliesslich sogar das Recht abgesprochen werden kann, seine Regressforderung gerichtlich einzuklagen, und zwar unabhängig davon, dass diese Forderung noch nicht verjährt ist. Das Urteil fügt dem jedoch auf eindeutige Weise hinzu, dass die Rechtsprechung die Frage noch nicht entschieden habe, wie diejenigen Fälle zu beurteilen seien, in welchen der Regressberechtigte keinen ersichtlichen Grund hatte, seine Forderung vor Ablauf der Verjährungsfrist der konkurrierenden Ansprüche des Geschädigten, welche dieser gegenüber anderen Mithaftenden hatte, geltend zu machen, bzw. diejenigen Fälle, in welchen der Regressberechtigte seine Forderung überhaupt nicht geltend machen konnte, weil er nicht rechtzeitig von der Möglichkeit eines Regresses Kenntnis erhielt. Im Übrigen unterstreicht das Bundesgericht noch Folgendes, jedoch ohne abschliessend zur aufgeworfenen Frage Stellung zu nehmen: «Es kann ihm [d.h. dem Regressberechtigten] dann unter solchen Umständen kein treuwidriges Verhalten vorgehalten werden, wenn er erst nach Verjährung der anderen Ersatzforderungen seinen Ausgleichsanspruch anmeldet» (E. 6 c S. 267). Ein anderer Autor warf im Hinblick auf diese Feststellung die Frage auf, ob man daraus wirklich ableiten könne, dass das Bundesgericht in einem solchen hypothetischen Fall ausschliesse, dass der Beklagte einer Regressklage die Verjährungseinrede geltend machen könne (Alexan-

der Müller, Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, Diss. St. Gallen 2006, S. 151). Die Mehrheit der Autoren jedoch, die sich mit dieser Frage befasst haben, zögerten nicht, diese Schlussfolgerung zu ziehen (CR CO I-Romy, N 17 zu Art. 148 OR; Werro, La responsabilité civile, N 1628; Frédéric Krauskopf, Zivilrechtliche Verjährung und Strassenverkehrsunfall: Darstellung des geltenden Rechts und ausgewählte Fragen, in: Hubert Stöckli/Franz Werro [Hrsg.], Strassenverkehrsrechtstagung 16.–17. März 2006, S. 119 ff., 136 N 103; Walter Fellmann, Solidarische Haftung und Verjährung des Ausgleichsanspruches bei unechter Solidarität, Haftung und Versicherung [HAVE] 2002, S. 113 ff., 119 in fine). Im oben beschriebenen Urteil betonte das Bundesgericht zudem, dass die Regressforderung in dem Moment entstehe, in welchem der Mitverantwortliche dem Geschädigten Schadenersatz leiste, weshalb es auch dieser Zeitpunkt sei, in welchem die Verjährungsfrist für die Regressklage zu laufen beginne, denn eine Forderung könne nicht verjähren bevor sie entstanden sei (E. 6 c S. 267).

In einem 2003 auf staatsrechtliche Beschwerde hin gefällten Urteil benützte das Bundesgericht die Gelegenheit, um in Erinnerung zu rufen, dass die Regel, wonach die Regressforderung von Art. 148 Abs. 2 OR grundsätzlich erst mit der

tatsächlichen Bezahlung der ihm obliegenden Ersatzpflicht durch den Schuldner entstehe, weder von der Rechtsprechung noch von der Lehre in Frage gestellt werde (BGer, 4P.155/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 8 m.Hinw.).

Am 23. Februar 2004 fällte das Bundesgericht schliesslich ein wichtiges Urteil zu Fragen, welche mit dem vorliegend behandelten Problem im Zusammenhang stehen (BGE 130 III 362 = Pra 94 Nr. 7). In diesem Urteil finden sich deutlich dargelegte Leitprinzipien, welche zur Lösung der hier zu behandelnden Frage beitragen werden. Zu diesen Leitlinien gehört die bereits einige Monate zuvor geäusserte Auffassung, wonach Art. 51 OR, der sich einzig auf das Innenverhältnis zwischen den verschiedenen Verantwortlichen bezieht, einen Regressanspruch schaffen soll, der auf einem eigenständigen Rechtsgrund («ex iure proprio») beruht, d.h., der für denjenigen entsteht, welcher dem Geschädigten Schadenersatz geleistet hat (BGer, 4C.27/2003 vom 26. Mai 2003 E. 3.4 = SJ 2003 I, S. 597 ff.). Dieses Urteil ruft auch in Erinnerung, dass die unechte Solidarität keinen Übergang der Gläubigerrechte auf den Haftpflichtigen i.S.v. Art. 149 Abs. 1 OR nach sich zieht, sondern diesem lediglich das Recht zuerkennt, auf die übrigen Haftpflichtigen Regress zu nehmen, wobei dieser Anspruch im Moment der Zahlung an den Geschädigten entsteht. In diesen Urteil erfolgt zudem die nützliche Präzisierung, das Recht zur Geltendmachung dieses Anspruchs sei von der Bedingung abhängig, dass überhaupt ein weiterer Mithaftender vorhanden ist. In der Tat kann derjenige, der für ein schädigendes Ereignis keine Verantwortung trägt, auch nicht solidarisch dafür haften. Wenn folglich die Ansprüche des Geschädigten gegenüber einer Person, gegen welche ein anderer für den Schaden Mithaftender Klage erheben wollte, im Moment der Entstehung der Regressforderung bereits verfallen waren, wie dies in der dem betreffenden Urteil zugrunde liegenden Situation der Fall war, dann kommt die Möglichkeit der Klageerhebung zu Geltendmachung dieser Forderung nicht mehr in Betracht, da gar kein Mithaftender mehr vorhanden ist (E. 5.2). Dem Bundesgericht erschien es jedoch wichtig zu präzisieren, dass sich diese Hypothese von den heikleren Situationen unterscheide, in welchen die Voraussetzungen für die Haftbarmachung des Regressbeklagten gegenüber dem Geschädigten zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt hätten erfüllt sein können, jedoch im Moment der Entstehung der Regressforderung nicht mehr gegeben waren. So verhalte es sich gemäss einer zusätzlichen Nu-

ancierung des Bundesgerichts namentlich dann, wenn die Forderungen des Geschädigten gegenüber dem Mitverantwortlichen verjährt sind (in E. 5.3, S. 370 werden weitere vergleichbare Fälle aufgezählt, wie zum Beispiel ein Schulderlass oder eine Wegbedingung der Haftung).

Dieser Überblick über die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum vorliegend umstrittenen Problem macht deutlich, dass dieses vollständig ungelöst bleibt. Nichts desto trotz liefern die obgenannten Urteile eine gewisse Anzahl interessanter Elemente, welche als Fundament für eine mögliche Lösung des Problems dienen können, wobei diese Lösung soweit als möglich den nur

schwer zu vereinbarenden Erwartungen der betroffenen Parteien entsprechen sollte.

5.2.2 Das Mindeste, was zur Verjährung des Regressanspruchs festgestellt werden kann, ist, dass diese Frage in der Lehre umstritten ist und zwar sowohl hinsichtlich des Beginns, wie auch hinsichtlich der Dauer dieser Frist. Wie die Autoren des Vorentwurfs zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (nachfolgend: Vorentwurf oder VE) betonen, weichen die Vorschläge in der Lehre zu diesem Punkt sehr stark voneinander ab (Pierre Widmer/Pierre Wessner, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, N 2.8.7). Es wird daher vorliegend darauf verzichtet, diese verschiedenen Ansichten zu erläutern, umso mehr als diese Arbeit bereits gewissenhaft geleistet worden ist und zwar von Juristen, welche sich auf die Problematik des Haftpflichtrechts spezialisiert haben (siehe namentlich: Widmer/Wessner, a.a.O., S. 224; Franz Werro, La responsabilité civile, N 1575 ff. und 1623 ff.; CR CO I-Werro, N 9 –16 zu Art. 50 OR und N 33 – 37 zu Art. 51 OR; Hubert Bugnon, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, Diss. Freiburg 1982, a.a.O., S. 137 ff.). Nachfolgend werden nur kurz und ohne Anspruch auf Vollständigkeit die Antworten derjenigen Autoren wiedergegeben, welche sich mit der Frage befasst haben, ob die Verjährung der Forderung des Geschädigten gegen einen der für den Schaden Mithaftenden demjenigen Mitverantwortlichen entgegengehalten werden kann, welcher den Geschädigten befriedigt hat und daraufhin gegen jenen Mithaftenden eine Regressklage erheben will.

Ein Teil der Lehre stellt sich – wenn auch aus verschiedenen Gründen – auf den Standpunkt, dass der mithaftende Regressbeklagte sich der Regressklage widersetzen kann, indem er geltend macht, seine eigene Schuld gegenüber dem gemeinsamen Gläubiger sei verjährt. Diese Meinung wird insbesondere von Karl Spiro vertreten (Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bd. I, S. 492 ff.). Gemäss diesem Autor entsteht der Anspruch des Regressklägers aus der Haftung des Regressbeklagten gegenüber dem Geschädigten, woraus folge, dass das Schicksal des Regressanspruchs an dasjenige der Hauptforderung des Geschädigten gegenüber eben diesem Regressbeklagten geknüpft sei, wobei das Erlöschen der Hauptforderung auch die Geltendmachung der Regressforderung unmöglich mache. Im Übrigen hält Spiro dafür, wenn der von ihm vorgeschlagenen Lösung nicht gefolgt würde, führe dies zu unbilligen Ergebnissen, denn Art. 146 OR, gemäss welchem ein Solidarschuldner die Lage der andern nicht durch seine persönliche Handlung erschweren kann, wäre je nach Umständen nicht mehr gewährleistet (zum Versuch einer Widerlegung dieser Argumentation vgl. Bugnon, a.a.O., S. 149 f.). Andere Autoren glauben aus BGE 115 II 42 E. 2 = Pra 78 Nr. 138 dieselben Schlussfolgerungen ziehen zu können (Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., N 1724; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches

Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 8. Aufl., N 3960; BSK OR I-Schnyder, N 10 zu Art. 51). Peter Gauch ist, wie bereits erwähnt, ebenfalls dieser Ansicht, wobei er seine Argumentation auf die ratio legis von Art. 371 Abs. 2 OR abstützt (a.a.O., N 2297; vgl. E. 5.2.1 oben). Bernard Corboz (La responsabilité des organes en droit des sociétés, N 32 f. zu Art. 759 OR) qualifiziert die von einem Teil der Lehre vertretene Auffassung, wonach der Regressanspruch seine Rechtfertigung in einer Art Geschäftsführung ohne Auftrag finde und sich die entsprechende Klage an diejenige wegen ungerechtfertigter Bereicherung anlehne (vgl. Henri Deschenaux/Pierre Tercier, La responsabilité civile, 2. Aufl., § 36 N 56), als interessant. Da der Regressanspruch in dem Moment entsteht, in welchem derjenige Haftpflichtige, der ihn geltend machen will (d.h. der Geschäftsführer), dem Geschädigten Schadenersatz leistet, würde diese Auffassung gemäss diesem Autor bedeuten, dass die Mithaftung des potenziellen Regressbeklagten (d.h. des Geschäftsherrn) gegenüber dem Geschädigten zu diesem Zeitpunkt immer noch besteht, damit sich der Tilgungseffekt der Ersatzzahlung bezüglich der Schuld dieses Mithaftenden im Verhältnis zum Geschädigten einstellen kann, oder anders ausgedrückt, damit sich derjenige, auf den Rückgriff genommen wird, in einer gewissen Weise ungerechtfertigt bereichert sieht aufgrund der Tatsache, dass die externe Schuld, welche er selber hätte begleichen müssen, durch die Zahlung des Geschäftsführers getilgt worden ist. Wie der obgenannte Autor noch hinzufügt, ist die Rechtsprechung jedoch dieser Theorie nicht gefolgt, und zwar in diesem Sinne, dass sie die Möglichkeit eines Regresses nicht ausschliesst, sobald eine Mithaftung bestanden hat, auch wenn diese im Moment der Zahlung nicht mehr bestand, namentlich weil die andere externe Schuld bereits verjährt ist.

Nach einem anderen Teil der Lehre kann die Verjährung der Forderung des Geschädigten gegen einen der Mithaftenden dem Regressberechtigten hingegen nicht entgegengehalten werden. So vertritt Bugnon (a.a.O., S. 149 f.) die Ansicht, auch wenn es richtig sei, dass die Haftung des Regressbeklagten eine Voraussetzung für den Regressanspruch darstelle, so sei deswegen die Regressforderung, so wie sie sich aufgrund der speziellen Bestimmungen des Innenverhältnisses ergebe, nicht weniger von der Forderung des Geschädigten unabhängig und verschieden, was mit dem Begriff der Anspruchskonkurrenz im Falle von mehreren Mithaftenden übereinstimme. Unter dem Blickwinkel der Verjährung rechtfertige es sich somit namentlich nicht, das Schicksal des Regressrechts des Mithaftenden an das Klagerecht des Geschädigten zu knüpfen, da die Ausübung dieser Rechte nicht auf derselben Ebene stattfinde. Der Autor ist im Übrigen der Meinung, dass der Regressbeklagte durch die subsidiäre Frist von zehn Jahren gemäss Art. 60 Abs. 1 OR, welche vom Moment des schädigenden Ereignisses an zu laufen beginnt, genügend geschützt werde und schlägt vor, diese Frist auf die fragliche Klage anzuwenden. Andere Autoren gelangen zu derselben Schlussfolgerung wie Bugnon, wobei einige Verfasser ihre Auffassung auf die Auslegung a contrario des in BGE 127 III 257 E. 6 c publizierten

Entscheids stützen (BK-Brehm, N 142 in fine zu Art. 51 OR; CR CO I-Romy, a.a.O.; Werro, ibid.; Fellmann, a.a.O.; Krauskopf, a.a.O.).

5.2.3 Im deutschen Recht hält der offensichtlich überwiegende Teil der Rechtsprechung und der Doktrin dafür, dass sich die in den Aussenverhältnissen eingetretene Verjährung nicht auf

die Innenverhältnisse auswirken soll, so dass der Regressbeklagte diese Einrede nicht soll geltend machen können (siehe z.B. die vom Bundesgerichtshof gefällten Urteile vom 21. November 1953 und vom 9. März 1972, veröffentlicht in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ], Bd. 11, S. 170 ff. N 20 E. 3 und Be. 58, S. 216 ff. N 34 E. 2; vgl. unter anderen: MünchKommBGB/Peter Bydlinski, Bd. 2 a, 4. Aufl., N 9 zu § 426 BGB und Staudinger/Noack (2005), N 9 zu § 426 BGB, beide m.Hinw.). Gemäss Spiro ist dies auch die vom österreichischen und italienischen Recht vorgesehene Lösung, wohingegen das französische Recht die gegenteilige Lösung gewählt habe, gemäss welcher die Verjährung eine Einrede darstelle, welche erga omnes geltend gemacht werden könne (a.a.O., § 208, S. 489 m.Hinw.).

5.2.4 Die Revision des Haftpflichtrechts wurde 1988 in Angriff genommen. Sie ist im Moment im Stadium des Vorentwurfs (für Einzelheiten vgl. die Internetseite des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, www.ejpd.admin. ch, unter der Rubrik «Themen» sowie unter der nachfolgenden Auswahl der aufeinander folgenden Randrubriken «Wirtschaft», «Gesetzgebung» und «Haftpflicht» in dieser Reihenfolge).

Die Verfasser des Vorentwurfs hoben hervor, dass es im heute gültigen Recht keine spezielle Regelung für das Problem der Verjährung der Regressklage gebe. Sie wiesen ebenfalls auf die mangelnde Konstanz der Rechsprechung in diesem Punkt sowie auf die ungewöhnliche Vielfalt der zu diesem Thema geäusserten Auffassungen der Lehre hin. In Anbetracht dieser Ausgangslage und in Anlehnung an die Meinung der Studienkommission gelangten die Verfasser des Vorentwurfs zur Überzeugung, dass in diesem Bereich eine Spezialregelung notwendig sei. Ihrer Ansicht nach sollte diese Spezialregelung auf dem Grundsatz basieren, dass der Regressberechtigte aufgrund eines selbständigen Rechts handelt, so dass die Verjährung der Regressklage speziellen Regeln gehorchen solle. Auch schlagen sie de lege ferenda vor, den bereits zitierten (vgl. E. 5.2.1) Grundsatz von Art. 83 Abs. 3 SVG – übernommen von Art. 39 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen (RLG; SR 746.1) – zu verallgemeinern, da es sich bei diesem Grundsatz um eine klare und bewährte Regel handle. Um hingegen auch den Interessen derjenigen Personen Rechnung zu tragen, welche Beklagte einer solchen Regressklage sein könnten, schlagen die Autoren einerseits vor, die Regressklage der absoluten Verjährung zu unterwerfen, welche gleichzeitig mit derjenigen der Forderung des Geschädigten laufen solle, und anderseits, die vom Geschädigten belangte Person zu verpflichten, diejenigen

Personen zu benachrichtigen, welche sie für mithaftpflichtig hält (Widmer/Wessner, a.a.O., S. 225 ff.; siehe auch: Pierre Wessner, La prescription des actions réparatoires et récursoires au regard de la révision totale du droit de la responsabilité, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, St. Gallen, S. 143 ff., 154 –156). Aufgrund dieser Erwägungen haben die Autoren des Vorentwurfs einen Art. 55 c redigiert, welcher folgenden Wortlaut hat:

«IV. Rückgriff

1 Rückgriffsansprüche (. . .) verjähren in drei Jahren von dem Tag an gerechnet, an dem die Ersatzleistung vollständig erbracht worden ist und die mithaftpflichtige Person bekannt wurde; sie verjähren in jedem Fall in 20 Jahren von dem Tag an gerechnet, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat.

2 Wird eine Person auf Schadenersatz in Anspruch genommen, so hat sie dies jenen Personen anzuzeigen, die sie für mithaftpflichtig hält; ansonsten beginnt die Verjährung an dem Tage zu laufen, an dem die Anzeige nach Treu und Glauben hätte gemacht werden sollen.»

Zweifelsohne erwähnen die Autoren des Vorentwurfs die Frage des Einflusses der Verjährung der Forderung des Geschädigten auf das Schicksal des Regress nicht ausdrücklich. Aus ihrer Argumentation ergibt sich jedoch eindeutig, und sei es auch nur sinngemäss, dass sie die Möglichkeit für den Beklagten einer solchen Regressklage ausschliessen, die Verjährung seiner eigenen Schuld gegenüber dem Geschädigten anzurufen. Eine solche Schlussfolgerung drängt sich im Übrigen aufgrund der Logik des von ihnen ausgearbeiteten Systems auf, sieht Letzteres doch die Aufhebung der Unterscheidung zwischen der echten und unechten Solidarität vor, wobei Art. 136 Abs. 1 OR beibehalten werden soll (Widmer/Wessner, a.a.O., S. 166 f.).

5.3

5.3.1 Die Darlegung der von der Rechtsprechung und der Lehre skizzierten Lösungsvorschläge für diesen streitigen Punkt, sowie der dazu de lege ferenda gemachten Anregungen reichen aus, um die Komplexität der Problematik aufzuzeigen. Diese beruht bereits auf der Natur der Anspruchkonkurrenz selber sowie auf dem vertraglichen Dreiecksverhältnis, welches sich daraus aus der Sicht der rücksgriffsbeklagten Person ergibt. Aus diesem Blickwinkel heraus betrachtet vereinigt die Regressforderung in der Tat zwei Forderungen, welche sich gegen dieselbe Person richten, wenn auch auf verschiedenen Ebenen: Im Aussenverhältnis einerseits geht es um die Forderung des Geschädigten gegen die fragliche Person. Diese Forderung besteht neben mindestens einer anderen Forderung, welche der Geschädigte gegen mindestens einen Mitverantwortlichen geltend machen kann. Gäbe es nicht mehrere Forderungen, so bestünde keine Anspruchskonkurrenz und konsequenterweise auch keine passive Solidarität. Im Innenverhältnis anderseits besteht die Forderung desjenigen Haftpflichtigen, welcher den Geschädigten an Stelle der genannten Person über seinen Anteil hinaus entschädigt hat. Die Schwierigkeit besteht in der Festlegung des Einflusses

der Aussenverhältnisse auf die Innenverhältnisse, um herausfinden zu können, ob und allenfalls inwieweit die Modalitäten der aus dem ersten Verhältnis hervorgegangenen Forderungen auf diejenigen aus dem Innenverhältnis einwirken.

Es wäre im Übrigen illusorisch zu hoffen, es könne eine Lösung gefunden werden, welche ganz ohne Abweichung von der juristischen Orthodoxie die nur schwierig miteinander zu vereinbarenden Erwartungen der aktiv oder passiv an der Regressforderung beteiligten Personen erfüllt. Jegliche Möglichkeit der Geltendmachung einer solchen Forderung auszuschliessen mit der Begründung, die Forderung des Geschädigten gegen den mithaftenden Regressbeklagten sei verjährt, würde darauf hinauslaufen, dem Regresskläger einen Teil der Schuldenlast aufzubürden, welcher an sich von einem anderen Mithaftenden übernommen werden müsste. Im hypothetischen Fall eines Schadens, welcher gleichzeitig durch eine Vertragsverletzung und durch eine unerlaubte Handlung verursacht wurde, wäre in Abweichung von der Regel des Art. 51 Abs. 2 OR, der aus Delikt Haftpflichtige dem vertraglich Haftenden gegenüber im Allgemeinen im Vorteil. In Anbetracht des Umstandes, dass der Geschädigte, um von der zehnjährigen Verjährungsfrist (Art. 127 OR) sowie von der Umkehrung der Beweislast (Art. 97 Abs. 1 OR) zu profitieren, in den meisten Fällen geneigt wäre, den zweiten Haft-

pflichtigen zu belangen, und in Anbetracht der Tatsache, dass er dies noch lange nach dem Verstreichen der einjährigen Frist des konkurrierenden Anspruchs (Art. 60 Abs. 1 OR) tun könnte, ohne im Übrigen auch nur irgend etwas tun zu müssen, um den Lauf dieser Frist zu unterbrechen. Die Zulässigkeit der Regressklage trotz Verjährung der Ansprüche des Geschädigten gegenüber der belangten Person zu bejahen, würde hingegen umgekehrt bedeuten, gegen die Interessen des Regressbeklagten zu handeln. In der Tat würde ihm in diesem Fall ein völlig unvorhergesehener Umstand, nämlich dass es neben ihm noch einen vertraglich Haftpflichtigen gibt, den Vorteil der in seinem Verhältnis zum Geschädigten gültigen kurzen Verjährungsfrist nehmen, und für ihn bedeuten, dass er von einem Mithaftpflichtigen noch Jahre später belangt werden könnte, nachdem er nicht mehr damit gerechnet und daher die Beweismittel für seine korrekte Verteidigung nicht mehr länger aufbewahrt hatte.

Vorliegend muss somit diese heikle Frage entschieden werden, wobei versucht werden muss, einem der beiden Subjekte der Regressforderung zwar einen Vorteil einzuräumen, dabei aber gleichwohl die Interessen des anderen bestmöglich zu bewahren. Auch muss dies unter Respektierung des Zwecks der passiven Solidarität, der Natur der Regressforderung sowie der Wirkung der Verjährung und des Ziels dieses Instituts geschehen.

5.3.2 Die Solidarschuld (passive Solidarität) kommt demjenigen Verletzten zu Hilfe, welcher Ersatz für seinen Schaden verlangt, für welchen eine Mehrheit von Personen verantwortlich ist. Sie erlaubt ihm, gegen jeden von diesen Verantwortlichen für den ganzen Schadensbetrag vorzugehen, solange er nicht

vollständig befriedigt wurde (BGE 114 II 342 E. 2 b S. 344 = Pra 79 Nr. 168; BGE 112 II 138 E. 4 a S. 143). Dieses Vorgehen unterliegt einzig der Bedingung, dass das Verhalten der belangten Person in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit der Gesamtheit des Schadens steht (BGE 127 III 257 E. 5 a). Da das Innenverhältnis unter den beiden Mitverantwortlichen ihn nicht bindet, kann der Verletzte seine Gegenpartei nach seinem Gutdünken auswählen; es ist ihm somit gestattet, lediglich gegen einen der verantwortlichen Schuldner Klage zu erheben (siehe die beiden oben zitierten Urteile, a.a.O.). Diese klassische Konzeption der Solidarschuld wurde wiederholt kritisiert (siehe die von Widmer/Wessner, a.a.O., S. 169 f. N 835 erwähnten Autoren und die von ihm zitierte Rechtsprechung) und im Aktienrecht bereits ersetzt (Art. 759 Abs. 1 OR). Sie könnte nun de lege ferenda auch ganz allgemein abgelöst werden (Art. 53 b Abs. 2 VE), und zwar von einer so genannten differenzierten Solidarität (vgl. zu diesem Begriff BGE 127 III 453 E. 5 d = Pra 2001 Nr. 179; BGE 122 III 324 E. 7 b = Pra 86 Nr. 39). Dabei sollten persönliche Einreden nur noch im Zeitpunkt der internen Aufteilung berücksichtigt werden. Würde nicht so vorgegangen, und müsste die Haftpflicht der belangten Person in jedem Fall individuell beurteilt werden, so würde dies bedeuten, dass der Begriff der passiven Solidarität seines Sinnes entleert würde.

Da der Geschädigte grundsätzlich nur einmal die Wiedergutmachung seines Schadens erlangen kann, befreit die von einem Haftpflichtigen geleistete Zahlung die übrigen Haftpflichtigen in den Aussenverhältnissen (BGE 89 II 118 E. 5 a S. 122 = Pra 52 Nr. 135). Beleuchtet man allein das Interesse des Geschädigten, so kann die Wirkung der passiven Solidarität als notwendig und ausreichend betrachtet werden. Ganz anders sieht es hingegen aus, wenn man sich in die Situation desjenigen hinein versetzt, welcher dem Geschädigten Schadenersatz geleistet hat. Es liegt durchaus im Bereich des Möglichen, dass dieser Mithaftende dazu gebracht wurde, ein finanzielles Opfer zu erbringen, welches in keinem Verhältnis zu seinem Beitrag an

das Schadensereignis steht. Es ist offensichtlich, dass dies dem Gerechtigkeitsempfinden zuwider läuft. Es rechtfertigt sich im Gegenteil vielmehr zu bewirken, dass das Gleichgewicht, welches im Aussenverhältnis bewusst zu Gunsten des Geschädigten fallen gelassen wurde, im Innenverhältnis wieder hergestellt wird, so dass schliesslich jeder einzelne Mithaftende diejenige Last der Wiedergutmachungsschuld trägt, welche seinem Anteil an der Verantwortung entspricht. Das Gesetz trägt diesem Anliegen Rechnung, indem es statuiert, dass derjenige, welcher mehr bezahlt, als seinem Anteil entspricht, gegenüber den anderen Mitverantwortlichen für den Mehrbetrag ein Regressrecht hat (Art. 148 Abs. 2 OR). Was die Konkurrenz unter verschiedenartigen Haftungsgründen betrifft, so legt das Gesetz im Art. 51 Abs. 2 OR selber eine Hierarchie unter drei Gruppen von Haftpflichtigen fest, welche den aus Vertrag Haftenden gegenüber dem aus Delikt Haftenden privilegiert, wobei je nach Umständen von dieser Rangordnung abgewichen werden kann (vgl. BGE 116 II 645 E. 3 b = Pra 80 Nr. 45).

Gemäss Art. 50 Abs. 2 OR, welcher analog auf den Fall der konkurrierenden Schadensursachen herbeigezogen werden kann (Art. 51 Abs. 1 OR), obliegt es dem Richter, von seinem Ermessen Gebrauch zu machen um endgültig zu entscheiden, wer im Innenverhältnis schlussendlich die Last der Wiedergutmachung zu tragen hat. Gemäss der übereinstimmenden Ansicht von Rechtsprechung und Lehre kann sich der Geschädigte nicht in diesen Vorgang einmischen, namentlich indem er über eine Zession seiner Ansprüche an einen Ersatzpflichtigen die in Art. 51 Abs. 2 OR aufgestellte Rangordnung der Ansprüche umgeht (BGE 115 II 24 E. 2 b S. 27 = Pra 78 Nr. 172; vgl. unter anderen, BK-Brehm, N 16 und 45 zu Art. 51 OR). Mit anderen Worten ausgedrückt und von einem der Autoren betont: Es ist nicht die willkürliche Wahl des Gläubigers, welche darüber entscheidet, wer die Last der Ersatzleistung letztendlich zu tragen hat (Bernard Corboz, La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, Diss. Genf 1974, S. 68). Dies ist jedoch genau das Resultat, zu welchem man gelangen würde, wenn man die Möglichkeit der Regressklage allein deswegen ausschliessen würde, weil der Geschädigte die Verjährung seiner Forderung gegenüber demjenigen Mitverantwortlichen nicht unterbrochen hat, gegen welchen derjenige, der angibt, zuviel (d.h. mehr als seinen Anteil) bezahlt zu haben, eine solche Regressklage anheben will. Dieses Ergebnis wäre umso stossender, als die vom Geschädigten belangte Person keine Möglichkeit hat, selber die Verjährung der genannten Forderung zu unterbrechen (siehe jedoch Spiro, a.a.O., § 210, S. 495, für welchen die vom Geschädigten verfolgte Person diesen darum ersuchen könnte, die Verjährung gegenüber den übrigen Mithaftenden zu unterbrechen, damit ihre zukünftigen Regressansprüche gewährleistet sind). In diesem Falle bliebe die Regel von Art. 51 Abs. 2 OR oft toter Buchstabe, sobald nämlich – aus den oben dargelegten Gründen (Dauer der Verjährungsfrist und Beweislast) – alles den Geschädigten dazu drängen würde, in erster Linie gegen diejenige Person vorzugehen, welche aufgrund einer vertraglichen Haftung verantwortlich ist. Auch wenn diese gesetzliche Regel nicht zwingender Natur ist, so würde es trotzdem ihrem Sinn zuwiderlaufen, dass die Last der Wiedergutmachung ganz zuletzt auf den Schultern des vertraglich Haftenden ruhen würde, insbesondere im hypothetischen Fall, dass Letzterer lediglich einen leichten Fehler begangen hat in der Kausalkette, welche zum gesamten Schaden geführt hat, und dies nur damit begründet wird, dass der Geschädigte die Verjährung demjenigen gegenüber, welcher durch seine deliktische Handlung eben diesen Schaden hauptsächlich verursacht hat, nicht unterbrochen hat. Soll die vom Gesetzgeber gewollte Wiederherstellung eines gewissen Gleichgewichts zwischen dem Anteil an der Verantwortung und der Last der Ersatzleistung im Innenverhältnis, welche das Korrelat zu der dem Geschädigten belassenen Wahlfreiheit betreffend den Schuldner, der ihn entschädigen soll, im Aussenver-

hältnis darstellt, nicht illusorisch werden, ist es somit angebracht, diese beiden Ebenen auch in Bezug auf die Verjährung deutlich auseinander zu halten.

Zweifelsohne hat diese Lösung zur Folge, dass eine aufgrund einer deliktischen Handlung haftende Person noch lange nach Ablauf der Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Forderungen des Geschädigten gegen ihn, von einem Mithaftenden belangt werden kann. Damit muss man sich jedoch abfinden. Erstens ist es grundsätzlich nicht unbillig, die Haftung desjenigen, welcher eine strafbare Handlung begangen hat, länger andauern zu lassen (BGer, 4C.27/2003 vom 25. Mai 2003 E. 3.6 = SJ 2003 I, S. 597 ff.). Unter dem Blickwinkel der Abwägung der verschiedenen Interessen der Mithaftpflichtigen betrachtet, wiegt dasjenige des vertraglich Haftenden daran, dass er am Ende nicht einen Teil des Schadens bezahlen muss, für den er nicht verantwortlich ist, schwerer, als das Interesse des aus Delikt Haftenden daran, wegen der Verjährung der Ansprüche des Geschädigten ihm gegenüber der Pflicht entgehen zu können, denjenigen Teil des Schadens zu übernehmen, der seiner Verantwortung entspricht. Im Weiteren muss man die Tragweite des Einwands, es gebe keinen Grund, den aus unerlaubter Handlung Haftenden nur darum zu benachteiligen, weil er das Unglück habe, neben ihm einen vertraglich Haftpflichtigen zu haben, gegenüber welchem längere Verjährungsfristen gälten, relativieren. Man kann sich in der Tat nur schlecht vorstellen, dass der Geschädigte – wenn dieser deliktisch Haftende allein für den Schaden verantwortlich wäre – nicht innert nützlicher Frist gegen ihn vorgehen und die Verjährung seiner Forderungen gegen ihn vor Ablauf der Jahresfrist unterbrechen würde. Die Rechtsprechung schliesslich hat die Interessen des Regressbeklagten berücksichtigt, indem sie einerseits denjenigen, gegen welchen auf Schadenersatz geklagt wurde, dazu verpflichtet, diejenige Person zu informieren, gegen welche er Regress nehmen könnte, was dieser Letzteren erlaubt, innert nützlicher Frist für die Verteidigung ihrer Rechte tätig zu werden (Sicherung der Beweismittel, Konsultation eines Rechtsberaters, Anzeige des Schadensfalles bei der Versicherung, Beteiligung bei den Verfahrensschritten, Zugang zum Protokoll usw.). Anderseits unterstellte die Rechtsprechung die Regressklage einer kurzen relativen Verjährungsfrist und einer absoluten Verjährungsfrist von zehn Jahren, wobei Letztere vom Tag des Eintritts des schädigenden Ereignisses an zu laufen beginnt.

5.3.3 Das Hauptziel der passiven Solidarität im Anwendungsbereich der Haftpflicht besteht darin, dem Geschädigten die Wiedergutmachung des von ihm erlittenen Schadens zu gewährleisten. An zweiter Stelle bezweckt dieses Institut, dass jeder Mitschädiger am Ende denjenigen Anteil am Schaden übernimmt, der auch dem Anteil seiner Verantwortung am Schadensereignis entspricht (Bugnon, a.a.O., S. 88). Das Gesetz konkretisiert dieses zweite Ziel, indem es generell bestimmt, dass derjenige, der mehr als seinen Teil bezahlt, für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner hat (Art. 148 Abs. 2 OR). Die Aufteilung der Solidarschuld im Innenverhältnis kann durch vorgängig vereinbarte vertragliche Abmachungen, durch Gesetzesbestimmungen betreffend das Vertragsverhältnis unter den Mitschuldnern, bzw. wenn ein solches Verhältnis

fehlt, durch gesetzliche Spezialbestimmungen oder, wenn auch solche fehlen, durch die Anwendung der Bestimmungen zur ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung

ohne Auftrag festgesetzt werden (vgl. zu diesen Fragen u.a. CR CO I-Romy, N 2 ff. zu Art. 148 OR).

Art. 51 OR, welcher auf die Konkurrenz zwischen Haftungen aus verschiedenen Rechtsgründen anzuwenden ist, stellt eine solche Spezialbestimmung dar. Gemäss dem jüngsten Stand der Rechtsprechung schafft er ein selbständiges Recht (ex jure proprio), d.h. einen Rechtsanspruch, welcher für diejenige Person entsteht, welche den Schadenersatz geleistet hat. Bei der unechten Solidarität tritt somit der regressberechtigte Mitschuldner nicht gemäss Art. 149 Abs. 1 OR in die Gläubigerrechte des Geschädigten ein, sondern es steht ihm lediglich ein Ausgleichsanspruch gegen seine Mitschuldner zu, der im Zeitpunkt der Zahlung an den Geschädigten entsteht (BGE 130 III 362 E. 5.2 = Pra 2005 Nr. 7). In eben diesem Moment beginnt auch die Verjährungsfrist für die entsprechende Klage zu laufen, wobei diese Frist auf dem Wege des Richterrechts auf ein Jahr festgesetzt wurde (BGE 115 II 42 E. 2 a S. 49 = Pra 78 Nr. 138), denn die Verjährungsfrist kann nicht zu laufen beginnen, bevor die Forderung überhaupt fällig geworden ist (Art. 130 Abs. 1 OR), was wiederum das Bestehen einer solchen Forderung voraussetzt (BGE 127 III 257 E. 6 c).

Es entspricht dem als unabhängig anerkannten Charakter der Regressforderung, dass deren Schicksal nicht von demjenigen der Forderung des Geschädigten gegenüber dem Regressbeklagten abhängt. Folglich soll die Verjährung der Forderungen des Geschädigten gegenüber einem der Mitschädiger denjenigen Mitverantwortlichen, welcher dem Geschädigten Ersatz geleistet hat, nicht davon abhalten können, seinen Regressanspruch gegenüber jenem Mitschädiger geltend zu machen.

5.3.4 Das Regressrecht unterliegt der Voraussetzung, dass es einen Mithaftpflichtigen gibt. Ist keine solche multiple Haftung vorhanden, dann kommt es auch zu keinem Regress. Wer nicht für einen Schaden verantwortlich ist, muss auch nicht solidarisch dafür einstehen. Dies ist der Grund dafür, dass das aus der unechten Solidarität fliessende Regressrecht es nicht erlaubt, gegen eine Person vorzugehen, welche gegenüber dem Geschädigten in keiner Weise für haftbar betrachtet werden konnte, weil die Ansprüche des Letzteren gegen sie verwirkt waren (BGE 130 III 362 E. 5.2 S. 370 = Pra 2005 Nr. 7).

Dieses Fallbeispiel unterscheidet sich von anderen Hypothesen, insbesondere von derjenigen, in welcher die Forderung des Geschädigten gegenüber dem Mithaftenden und gleichzeitig potentiellen Regressbeklagten verjährt ist (BGE 130 III 362 E. 5.3 S. 370 = Pra 2005 Nr. 7). In theoretischer Hinsicht ist eine solche Unterscheidung mit dem Bundesrecht vereinbar. Im Gegensatz zur Verwirkung (péremption, perenzione), welche ein vollumfängliches Erlöschen des subjektiven Rechts zur Folge hat, wenn der Inhaber dieses Rechts die Frist, innert welcher er eine für die Ausübung seines Rechts notwendige Handlung hätte

vornehmen oder abschliessen sollen, unbenützt verstreichen liess (CR CO I-Pascal Pichonnaz, N 7 zu Art. 127 OR), hat die schuldbefreiende Verjährung (prescription, prescrizione), sobald sie eingetreten ist, tatsächlich lediglich die Lähmung des Klagerechts in Bezug auf die ihr zugrunde liegende Forderung zur Folge, was nicht weniger bedeutet, als dass diese Forderung als Naturalobligation oder unvollkommene Obligation nach wie vor bestehen bleibt (BGE 99 II 185 E. 2 b S. 189 m.Hinw. = Pra 62 Nr. 193). Mit anderen Worten, die schuldbefreiende Verjährung löscht den Anspruch nicht radikal aus (Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., S. 798 Bst. D.). Auf die Verjährung kann verzichtet werden (Art. 141

Abs. 1 OR; BGE 132 III 226 E. 3.3 = Pra 2006 Nr. 146) und der Richter darf die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen (Art. 142 OR). Der Eintritt der Verjährung hindert den Gläubiger nicht an der Geltendmachung des Pfandrechtes, welches zur Sicherung der Forderung bestellt worden war (Art. 140 OR). Es ist möglich, eine verjährte Forderung zur Verrechnung zu bringen, wenn die von Art. 120 Abs. 3 OR aufgestellte Bedingung erfüllt ist. Im Weiteren bleibt die verjährte Schuld, was sie ist, nämlich eine – wenn auch geschwächte – Obligation (Engel, a.a.O.). Daraus folgt, dass eine Zahlung für eine verjährte Schuld nicht zurückgefordert werden kann, da es sich nicht um die Zahlung einer nicht geschuldeten Leistung handelt (Art. 63 Abs. 2 OR). Angesichts dieses Umstandes muss zugegeben werden, dass die befreiende Wirkung, welche sich aus der Erfüllung der Obligation durch einen der Solidarschuldner ergibt (Art. 147 Abs. 1 OR), auch denjenigen Mithaftenden einschliesst, dessen Schuld verjährt ist. Aufgrund der Tilgung seiner Schuld werden seine Passiven vermindert und der Betroffene ist folglich auf Kosten desjenigen Mithaftpflichtigen bereichert, welcher die Schuld – wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag – bezahlt hat. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, aus welchem Grund dieser Mitschuldner vom Prozess des internen Ausgleichs der Solidarschuld ausgeschlossen werden soll, bzw. warum er vor der Regressklage desjenigen geschützt werden soll, welcher mehr als seinen Anteil bezahlt hat.

Ein weiteres Argument stützt diese Schlussfolgerung: Zu diesem Punkt drängt es sich auf, vorab daran zu erinnern, dass gemäss der gefestigten Rechtsprechung und der modernen Lehre und unter Ausnahme der Art. 136 und 149 Abs. 1 OR, die Regeln der passiven echten Solidarität – insbesondere Art. 147 OR – analog auf die unechte Solidarität anzuwenden sind (bereits zitiertes Urteil 4C.27/2003 E. 3.4 m. zahlreichen Hinw.). Nun verlangt der in Art. 147 Abs. 2 OR festgelegte Grundsatz, dass die Befreiung zu Gunsten eines der Schuldner gegenüber dem Gläubiger ohne Zahlung der Schuld, insbesondere beim Erlass der Schuld durch den Gläubiger (für andere Fälle CR CO I-Romy, N 3 zu Art. 147 OR), persönlicher Natur sein soll, so dass sie folglich die Obligationen der anderen Solidarschuldner nicht erlöschen lässt, wenn sich nicht eine andere Lösung aufgrund der Umstände oder der Natur der Obligation aufdrängt (als Beispiel für eine Ausnahme von diesem Grundsatz, vgl. das letztzitierte Urteil,

E. 3.5.4.2). Dieser persönliche Charakter des Erlöschens hat auch zur Folge, dass der vom Gläubiger befreite Schuldner im Verhältnis zu seinen Mithaftpflichtigen für denjenigen Betrag, welcher seinem Anteil entspricht, einstehen muss, wenn nicht interne Abmachungen eine andere Lösung vorsehen. Umso mehr gilt dies auch dann, wenn die Schuld eines Mitschuldners verjährt ist, da die Verjährung die Schuld nicht erlöschen lässt, sondern lediglich die Klage hemmt, da sie nur demjenigen Schuldner zugute kommt, der sie anruft, und da sie selbständig für jeden Schuldner besteht und daher von jedem einzelnen Schuldner selber geltend gemacht werden muss (CR CO I-Romy, N 3 – 6 zu Art. 147 OR, N 17 zu Art. 148 OR und N 27, S. 818). Diese Erwägungen zeigen a contrario, dass die Mithaftung im Moment des Entstehens der Regressforderung nicht notwendigerweise noch bestehen muss, d.h. in dem Zeitpunkt, in welchem der belangte Beklagte den Gläubiger abfindet, damit der Regressberechtigte seinen Anspruch gerichtlich geltend machen kann. Ebenfalls ergibt sich a majore minus daraus, dass es auch nicht nötig ist, dass die auf dieser Mithaftung beruhende Forderung des Geschädigten in diesem Moment noch nicht verjährt ist. Es reicht aus, dass diese Mithaftung bestanden hat, selbst wenn sie im Moment der Zahlung nicht mehr existiert, weil der Geschädigte der regressbeklagten Person die Schuld erlassen hat, oder weil die regressbeklagte Person nicht mehr in eine Klage einbezogen werden kann, weil der Geschädigte seine Ansprüche ihr gegenüber hat verjähren lassen. Umgekehrt – und aus denselben Gründen – kommt die

Tatsache, dass die Forderung des Geschädigten gegenüber dem regressbeklagten Haftpflichtigen noch immer existiert und in dem Moment, in welchem der Geschädigte von einem anderen Mithaftenden befriedigt wird, noch nicht verjährt ist – was bei der echten Solidarität im Allgemeinen der Fall sein wird, da die Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem Schuldner ihre Wirkung auch auf alle übrigen Schuldner erstreckt (Art. 136 Abs. 1 OR) – dem Regressberechtigten nicht zugute und hindert die Verjährung der Regressforderung nicht, da diese ihren eigenen Regeln folgt.

Abschliessend ergibt sich somit, dass die Verjährung (bzw. das Nichtvorhandensein der Verjährung) der Forderung des Geschädigten gegen den Regressbeklagten dem Regressberechtigten nicht entgegengehalten werden kann (bzw. diesem nicht zugute kommen soll).

5.3.5 Bei der Verjährung handelt es sich um ein Rechtsinstitut, welches vor allem bezweckt, die privaten Interessen des Schuldners effizient zu wahren (CR CO I-Pichonnaz, N 2 zu Art. 127 OR): Nach Ablauf einer leicht zu bestimmenden Zeitdauer sollen die in ein schädigendes Ereignis verwickelte Person oder deren Erben sich vor rechtlichen Forderungen geschützt fühlen können (Widmer/Wessner, a.a.O., S. 226). Soweit es um die Regressklage geht, beginnt diese Periode ab dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Regresskläger den Geschädigten entschädigt hat. Man kann dem als nützliche Präzisierung, die sich namentlich in Art. 83 Abs. 3 SVG und in Art. 55 c Abs. 1 VE findet, im Übrigen

beifügen, dass der Regresskläger die beklagte Partei kennen muss. Diese kumulative Voraussetzung bedeutet, dass der dies a quo je nach dem, ob mehrere Haftpflichtige involviert sind, verschieden sein kann (Widmer/Wessner, a.a.O.). Jedenfalls handelt es sich um eine relative Frist, die es angesichts dieser Natur nicht erlaubt, dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit eines möglichen Regressbeklagten vollumfänglich zu genügen (CR CO I-Werro N 21 zu Art. 60 OR). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Entschädigung des Geschädigten verspätet erfolgte, weil der Mitschuldner, welcher bezahlt hatte, aus einem einsichtigen Grund darauf verzichtet hatte, die Verjährungseinrede zu erheben (z.B. um die Zustellung eines Zahlungsbefehls oder die Erhebung einer gerichtlichen Klage zu verhindern), oder wenn er die Verjährungsfrist in Übereinstimmung mit Art. 135 Ziff. 1 OR durch eine gerechtfertigte Anerkennung seiner Schuld unterbrochen hatte (vgl. Bugnon, a.a.O., S. 150). Gerade auch um den der Regressklage ausgesetzten Mitschuldner angemessen zu schützen, unterstellt die Rechtsprechung die Regressklage einer absoluten Frist, welche an einem ganz bestimmten Datum ihren Anfang nimmt. Diese Frist, welche am Tag des schädigenden Ereignisses (oder am Tag, an welchem das schädigende Ereignis beendet wurde), zu laufen beginnt, wurde in Analogie zu der von Art. 90 Abs. 1 OR vorgesehenen Frist auf zehn Jahre festgesetzt mit der Idee, die Regeln der Verjährung der Hauptforderungen mit denjenigen der Regressforderungen im Haftpflichtrecht zu harmonisieren. Die Frist bleibt damit in vernünftigen Grenzen und ist gerade halb so lang, als es der Vorentwurf vorsieht (gemäss Art. 55 c Abs. 1 VE beträgt die Frist 20 Jahre; Benoît Chappuis, Quelques réflexions d'un praticien sur l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, in: Bénédict Foëx/Franz Werro, [Hrsg.], La réforme du droit de la responsabilité civile, 2004, S. 123 ff., 138, stellt sich die Frage, ob es wirklich angezeigt ist, eine Verjährungsfrist vorzusehen, die doppelt so lange dauert wie die Frist, während welcher in Anwendung von Art. 962 Abs. 1 OR die Geschäftsbücher, die Geschäftskorrespondenz und die Buchungsbelege aufbewahrt werden müssen).

Das Institut der Verjährung genügt jedoch nicht immer, um den Beklagten der Regressklage zu schützen. Wenn dieser erst spät, jedoch noch vor Ablauf der Verjährungsfrist für die Regressklage, davon erfährt, dass er mit einer solchen Klage belangt werden wird, so kann er tatsächlich im Hinblick auf die Wahrung seiner Rechte in eine schwierige Situation geraten: Nicht nur, dass er im Hauptprozess seinen Standpunkt nicht mehr geltend machen kann, sofern die anwendbare Zivilprozessordnung ihm dies ermöglicht hätte, sondern es ist auch möglich, dass er inzwischen die ihn entlastenden Beweismittel verloren hat, sei es deshalb, weil er es nicht für nötig erachtet hatte, Beweisurkunden aufzubewahren, da er nicht mit einer gerichtlichen Verfolgung gerechnet hatte, sei es deshalb, weil er die Absenz von Hauptzeugen zu beklagen hat. Um diese Nachteile auszugleichen, zieht die Rechtsprechung Art. 2 Abs. 2 ZGB als Korrektiv hinzu und beruft sich auf die Grundsätze von Treu und Glauben, weshalb sie davon

ausgeht, dass der Regressgläubiger, welcher gegen einen gegenüber dem Geschädigten aufgrund der Verjährung bereits befreiten Mithaftenden vorgehen will, diesem – sobald es nach den Umständen zumutbar ist – anzeigen muss, dass er diese Absicht hat. Die Rechtsprechung verweigert daher dem Regressberechtigten einer noch nicht verjährten Regressforderung die Durchsetzung seines Rechtsanspruchs, wenn er es unterlassen hat, rechtzeitig eine solche Anzeige zu machen (BGE 127 III 257 E. 6 c). Auch der Vorentwurf berücksichtigt die legitimen Interessen des Regressbeklagten, sieht jedoch für die Nichtbeachtung der Anzeigepflicht eine mildere Sanktion als die Verwirkung der Regressansprüche für den Gläubiger vor, da die Missachtung dieser «Obliegenheit» nur dazu führen sollte, dass die Verjährungsfrist für die Regressklage an demjenigen Tag zu laufen beginnt, an welchem diese Anzeige in Beachtung der Grundsätze von Treu und Glauben hätte vorgenommen werden sollen (Art. 55 c Abs. 2 VE). Die von der Rechtsprechung statuierte Lösung erscheint gewissen Autoren als ein wenig ungenau (siehe unter anderen: Corboz, La responsabilité des organes, N 33 zu Art. 759 OR), und auch die Verfasser des Vorentwurfs gestehen ein, dass auch die von ihnen vorgeschlagene Bestimmung als zu wenig präzis erscheinen kann (Widmer/Wessner, a.a.O., S. 227). Nichts desto trotz bleibt es dabei, wie dies einer der Autoren betont, dass dies der Preis für die Berücksichtigung der legitimen Interessen der Mithaftenden darstellt (Chappuis, a.a.O).

Schliesslich bietet gemäss Spiro (a.a.O., § 209, S. 492 f.) auch das Gesetz ein Heilmittel gegen die unbilligen Resultate, zu welchen je nach den Umständen die Unmöglichkeit der Geltendmachung der gegenüber dem Geschädigten eingetretenen Verjährung im Innenverhältnis führt. Der Autor nennt das hypothetische Beispiel, in welchem ein Mithaftender den Geschädigten befriedigt, obgleich die Forderungen des Letzteren gegenüber den beiden Mithaftenden verjährt waren, um danach gegen den anderen Mithaftenden eine Regressklage einzureichen. Nach Ansicht des Autors würde es der persönliche Charakter der Verjährungseinrede, in Verbindung mit der Theorie der Unabhängigkeit des Regressanspruchs, in diesem Fall dem Regresskläger erlauben, dem Regressbeklagten die externe Schuld – bzw. einen Teil von dieser – zu überbinden, welche er trotz der Verjährung freiwillig bezahlt hat, was zu einem stossenden Ergebnis führen würde (in diesem Sinne auch Bugnon, a.a.O., S. 151). Es ist richtig, dass in einem solchen hypothetischen Fall demjenigen Verantwortlichen, welcher bezahlt hatte, nicht vorgeworfen werden könnte, er habe die Verjährung nicht angerufen, da er dazu aufgrund des persönlichen Charakters dieser Einrede nicht verpflichtet war (vgl. Art. 145 Abs. 2 OR a contrario). Der Betroffene müsste hingegen mit dem Verlust seines Regressanspruchs dafür belangt werden, dass er durch sein persönliches Verhalten (d.h. durch den mit konkludentem Akt begangenen Verzicht auf die Anrufung der eingetretenen Verjährung) die Position des

anderen Mithaftenden geschwächt hatte, und dies trotz dem in Art. 146 OR enthaltenen Verbot, die Lage der übrigen Verantwortlichen zu erschweren. Dass eine solche Erschwerung der Lage vorliegt, und dass sie ihm

angelastet werden kann, ist unbestreitbar: Indem er freiwillig die externe Schuld getilgt hatte, obgleich er von deren Verjährung wusste, lässt der Schuldner des Geschädigten seinen Regressanspruch gegenüber dem Mithaftenden entstehen, und zwar bis zur Höhe, welche seinen eigenen Anteil an der Schuld übersteigt, wobei diese Forderung ohne dieses Verhalten nicht entstanden wäre. Gewiss tilgt er auf diese Weise mit seiner Zahlung die verjährte Forderung des Geschädigten gegenüber dem Mitverantwortlichen, quasi als Geschäftsführer. Er handelt damit jedoch nicht im Interesse dieses Mitverantwortlichen, d.h. des Geschäftsherrn, denn er weiss, dass er gegen diesen Letzteren nicht Regress nehmen kann, wenn er den Gläubiger nicht vorher freiwillig durch Bezahlung der verjährten externen Schuld befriedigt hat. Ohne Zweifel hat er sich damit selber nicht bereichert, hat er doch den Geschädigten aus seinen eigenen Mitteln entschädigt. Trotzdem bleibt es dabei, dass er eine Geschäftsführung übernommen hat, welche nicht im Interesse des Geschäftsherrn war (vgl. Art. 423 OR). Dieser (d.h. der vom Regress betroffene Mithaftende) hat dadurch einen Anspruch auf Ersatz des aus dieser Einmischung entstandenen Schadens (vgl. Art. 420 OR), wobei die Höhe dieses Anspruchs demjenigen Betrag entspricht, welcher der Geschäftsführer an seiner Stelle dem Geschädigten bezahlt hat. Der Geschäftsherr kann diese Forderung mit der vom Geschäftsführer geltend gemachten Regressforderung verrechnen und zwar in der Höhe desjenigen Betrags, welcher mit dieser Entschädigungszahlung entstanden ist (Art. 120 Abs. 1 OR). Im Weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern – gemäss der anderen von Spiro genannten Hypothese (a.a.O.) – einer der solidarisch Haftenden die Situation des Mitverantwortlichen, dessen externe Schuld verjährt ist, erschweren würde, nur weil er die Verjährung seiner eigenen Schuld gegenüber dem Geschädigten unterbricht, indem er die Schuld anerkennt, selbst wenn er dies in ungerechtfertigter Weise tut. Diesen Ausführungen des genannten Autors (a.a.O., S. 493 N 10) muss entgegengehalten werden, dass es in der Tat nicht die zur Unterbrechung der Verjährung führende Schuldanerkennung ist, welche in diesem Fall den der Regressforderung des schuldanerkennenden Gläubigers zugrunde liegende Rechtsgrund darstellt, sondern die auf die Anerkennung folgende Befriedigung des Geschädigten durch eben diesen Schuldner. Und damit gelangt man wieder zu der oben dargelegte Hypothese, gemäss welcher der Regressberechtigte die externe Schuld tilgt, obgleich er sich dieser Leistung hätte entziehen können (vorliegend, indem er die Verjährung unterbricht). Im Übrigen ist dazu noch Folgendes festzuhalten: Wenn der Regresskläger eine nicht vorhandene Schuld anerkannt und daraufhin den Geschädigten abgefunden hat, dann kann sich der Regressbeklagte gegen die Zulassung dieser Klage aus diesem Grund dagegen wehren. Dazu muss jedoch noch präzisiert werden, dass ein auf dieser Schuldanerkennung beruhendes, möglicherweise verurteilendes Urteil den Richter, der daraufhin über das Schicksal der Regressklage befinden muss, nicht bindet (vgl. BK-Brehm, N 10 zu Art. 51 OR; Bugnon, a.a.O., S. 127).

Pra 96 (2007) Nr. 104 *707*

5.4 Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Die obigen Erwägungen erlauben es, die von der Rechtsprechung bis heute offen gelassene Frage mit Hilfe der nachfolgend genannten Prinzipien zu beantworten: Die Verjährung der Forderung des Geschädigten gegen

einen der Verantwortlichen hindert denjenigen, der den Geschädigten befriedigt hat, nicht daran, seinen Regressanspruch gegenüber diesem Mitverantwortlichen geltend zu machen, sofern er diesem – sobald es ihm möglich war – angezeigt hatte, dass er ihn für mithaftend hält. Wenn unter den von der Regressklage betroffenen solidarisch Haftenden nicht eine vertragliche Abmachung besteht, welche zu einer anderen Lösung führt, so verjährt dieser Klageanspruch nach einem Jahr, wobei die Frist an demjenigen Tag zu laufen beginnt, an welchem der Geschädigte bezahlt, und an welchem der Mitverantwortliche bekannt wurde, was mit den allgemeinen Regeln zur ausservertraglichen Haftung übereinstimmt. In jedem Fall verjährt die Klage nach zehn Jahren von dem Zeitpunkt an gerechnet, in welchem sich der Schaden ereignet hat, bzw. in welchem das schädigende Ereignis abgeschlossen war.

Die hier als richtig befundene Lösung folgt den Leitlinien der jüngsten Rechtsprechung, wobei sie im Rahmen des Möglichen die einander gegenüberstehenden Interessen der verschiedenen aktiv und passiv an der Regressforderung beteiligten Parteien berücksichtigt. Im Weiteren entspricht diese Lösung der Ansicht der Mehrheit der Lehrmeinungen sowie der von anderen – dem schweizerischen Recht nahe stehenden – Rechtsordnungen gewählten Vorgehensweise. Schliesslich nähert sie sich – von kleinen Abweichungen abgesehen – der Art und Weise, wie diese Streitfrage anlässlich der Revision des Haftpflichtrechts geregelt werden könnte.

Es geht schliesslich noch darum, die oben dargelegten Rechtsgrundsätze auf den im angefochtenen Urteil festgestellten Sachverhalt anzuwenden, um die Frage zu klären, ob der kantonale Gerichtshof Bundesrecht verletzt hat oder nicht.

6.

6.1 Der kantonale Gerichtshof wies die von der Streitberufenen erhobene Verjährungseinrede mit der nachfolgend wiedergegebenen Begründung ab:

Der Architekt hatte Y. den Streit mit Klage vom 14. August 1996 verkündet. Zu diesem Zeitpunkt war die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren noch nicht abgelaufen, da sich die schadensbegründende Explosion am 5. Oktober 1988 ereignet hatte. Mit dieser Prozesshandlung hat der Betroffene somit die fragliche Frist unterbrochen. Die relative Verjährungsfrist von einem Jahr seit der Entschädigung der Geschädigten ist vorliegend ebenfalls eingehalten. Tatsächlich hat die Versicherung des Architekten die beiden Explosionsopfer B. und C. entschädigt, indem sie im Oktober 1995 an B. CHF 140 000.– und an die SUVA für C. CHF 13 797.50 bezahlte. Die Streitverkündigung ist somit innerhalb eines Jahres seit diesen Zahlungen erfolgt. Was die anderen von der Klägerin geltend gemachten Forderungen betrifft, so haben diese noch keine Zahlungen

durch den Architekten und durch das Bauunternehmen ausgelöst, was bedeutet, dass die Verjährung ihnen gegenüber noch nicht zu laufen begonnen hat. Den Beklagten kann im Weiteren auch nicht vorgeworfen werden, sie hätten zu lange mit der Geltendmachung ihrer Rechte gegenüber der Streitberufenen zugewartet, denn sie mussten zuerst wissen, dass einerseits eine Klage gegen sie eingereicht werden wird, und anderseits, dass die Streitberufene nicht ebenfalls eingeklagt worden ist, bevor sie in Betracht ziehen konnten, auf die Beklagte Regress zu nehmen. Da diese Elemente erst mit der Einreichung der Hauptklage vom 2. Juli

1996 bekannt wurden, war die im darauf folgenden Monat erfolgte Streitverkündung nicht verspätet.

6.2

6.2.1 Die Streitberufene macht geltend, das Resultat der Erwägungen des kantonalen Gerichtshofs verletze Art. 136 und 146 OR. Würde diesen Überlegungen gefolgt, und den Beklagten aus diesen Gründen gestattet, sie zu belangen, obgleich die Verjährung ihr gegen entsprechende Ansprüche der geschädigten Stiftung Schutz biete, dann bedeute dies, dass die erstinstanzlichen Richter den in Art. 136 OR vorgesehenen, speziellen Mechanismus einer echten Solidarität auf denjenigen einer unechten Solidarität ausgedehnt hätten. Im Übrigen hätten die Richter die Bestimmung von Art. 146 OR verkannt, indem sie das Verhalten der Beklagten nicht sanktioniert hätten. Diese hätten nämlich ihre Position verschlechtert, hätten sie doch mit ihren Erklärungen, auf die Verjährungseinrede zu verzichten, die Verjährung der klägerischen Forderung ihm gegenüber unterbrochen.

Eine solche Argumentation schlägt fehl. Aus den obgenannten Gründen hindert in der Tat der Umstand, dass die Klägerin die Streitberufene nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist ihrer Forderung belangt hatte, die Beklagten keinesfalls daran, ihre Regressansprüche gegenüber der Streitberufenen geltend zu machen. Ihr Hinweis auf Art. 136 OR ist somit nicht schlüssig. Der kantonale Gerichtshof hat denn auch zu Recht diese Gesetzesbestimmung nicht angewendet.

Wenn auch die Anwendung der oben genannten Prinzipien de facto eine Erschwerung der Situation der Streitberufenen zur Folge hat, da sich diese zu einem Zeitpunkt gegen eine Regressklage wehren muss, in welchem sie nicht mehr vom Geschädigten belangt werden kann, so heisst das jedoch nicht, dass der Gerichtshof Art. 146 OR verletzt hat. Tatsächlich steht eine solche Verschlechterung nicht im Zusammenhang mit einem Verhalten, welches den Beklagten vorgeworfen werden könnte. Diese haben nicht auf die Geltendmachung einer bereits eingetretenen Verjährung bezüglich der klägerischen Forderungen ihnen gegenüber verzichtet. Wie der kantonale Gerichtshof festgestellt hatte, haben sie ganz im Gegenteil ihre aufeinanderfolgenden Erklärungen bezüglich eines Verzichts auf die Geltendmachung der Verjährung an die Bedingung geknüpft, dass die Ansprüche dieser Partei nicht bereits verjährt sind. Dies

war im Übrigen, in Anbetracht der Tatsache, dass die Forderungen der Stiftung gegenüber dem Architekten und dem Bauunternehmen aufgrund der von diesen beiden noch vor der Übergabe des Werkes begangenen Verletzungen vertraglicher Pflichten entstanden ist und daher nach zehn Jahren verjähren, nicht der Fall, und zwar weder im Moment der Abgabe der Verzichtserklärungen noch im Moment der Erhebung der Hauptklage (Art. 127 OR; vgl. BGE 111 II 170 E. 2 S. 172; Gauch, a.a.O., N 2301; Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., N 4737).

6.2.2 Die Streitberufene macht im Weiteren geltend, das beklagte Unternehmen habe zu lange gewartet, ihr den Streit zu verkünden, was zur Folge habe, dass die Regressansprüche dieser Partei inzwischen verwirkt seien.

6.2.2.1 Der kantonale Gerichtshof hatte zu Recht angenommen, dass der Architekt, indem er seine Streitverkündung in dem der Zahlungsaufforderung der Stiftung folgenden Monat angehoben hatte, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch gehandelt hatte.

6.2.2.2 Aus Gründen, welche sich nicht aus dem angefochtenen Urteil ergeben, nahmen die kantonalen Richter in Bezug auf das Bauunternehmen nicht dieselben Prüfungen vor. Diese hat ihrerseits Y. nicht den Streit verkündet, welchen die Stiftung gegen sie angehoben hatte. Das Bauunternehmen hat vielmehr bis zum 4. Mai 1998 gewartet, um das Gericht mit einem in ihrer Stellungnahme zur Klage der Stiftung gestellten Eventualantrag zu ersuchen, Y. sei dazu zu verurteilen, sie für alle Geldforderungen, welche möglicherweise gegen sie (die Beklagte) erhoben werden könnten, schadlos zu halten. Mit anderen Worten ausgedrückt: die Beklagte hatte 22 Monate verstreichen lassen, ohne etwas gegen Y. zu unternehmen. In ihrer Stellungnahme zur Beschwerde der Streitberufenen bestreitet das Bauunternehmen, dass ihm deswegen ein Vorwurf gemacht werden könne: Einerseits, weil die Stiftung damals nicht gewusst habe, dass Y. teilweise für den erlittenen Schaden verantwortlich sei und dies vielmehr erst bei der Lektüre der im Instruktionsverfahren eingeholten Expertisen erfahren habe, anderseits, weil sie selber ihre gegen Y. gerichteten Anträge vor dem 5. Oktober 1998 – und somit in Respektierung der absoluten Verjährungsfrist für ihre Regressforderung – gestellt habe.

Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich, dass sofort nach dem Schadensereignis eine Strafuntersuchung eröffnet worden ist, und zwar insbesondere gegen zwei Angestellte der Streitberufenen. Diese Umstände waren dem Unternehmen bekannt, da es im Strafverfahren ebenfalls Parteistellung hatte. Aus demselben Grund wusste die Beklagte auch von der Verurteilung der beiden Angestellten durch das Strafgericht (Urteil vom 28. Februar 1994). Gewiss wurden diese daraufhin am 31. Oktober 1994 von der nächst höheren gerichtlichen Instanz freigesprochen. Dies hinderte jedoch das Bauunternehmen nicht

daran zu wissen, dass Y. allenfalls etwas mit der Explosion zu tun hatte und dass die Möglichkeit bestand, dass diese Gasfirma später auf zivilrechtlicher Ebene zur Rechenschaft gezogen werden könnte. Der kantonale Gerichtshof hat dies den auch implizit anerkannt, indem er den Beginn der Frist, innert welcher der Architekt und das Bauunternehmen Y. über ihre Absicht, auf sie Regress zu nehmen, hätten informieren sollen, auf denjenigen Zeitpunkt festlegte, in welchem die beiden Beklagten davon Kenntnis erhielten, dass die dritte Mitverantwortliche (Y.) von der geschädigten Stiftung nicht belangt worden war. Zu diesem Punkt verlangt die Rechtsprechung lediglich, dass der Regressberechtigte von der Möglichkeit des Regresses auf einen anderen Haftpflichtigen Kenntnis erhalten hat (BGE 127 III 257 E. 6 S. 266 in fine). Wie der kantonale Gerichtshof richtigerweise festgestellt hatte – ohne jedoch die sich daraus für das Bauunternehmen ergebenden Konsequenzen zu ziehen –, hatte diese letztgenannte Beklagte vom Zeitpunkt der gegen sie und den Architekten eingereichten Forderungsklage an Kenntnis von der Möglichkeit einer Streitverkündung an Y. erhalten. Es ist im Übrigen nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Unternehmung 22 Monate hätte zuwarten müssen, um dies zu tun, während es dem Architekten möglich gewesen war, der Y. nur gerade zwei Monate, nachdem er von der Klägerin gerichtlich belangt worden war, den Streit zu verkünden. Zudem ist den diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten entgegenzuhalten, dass der Zeitpunkt, in welchem die Stiftung von der möglichen Geltendmachung der Haftpflicht von Y. Kenntnis erhalten hatte, nicht ausschlaggebend ist für die Bestimmung desjenigen Zeitpunkts, in welchem sie selber darüber informiert wurde und von welchem an sie die vor-

geschriebene Anzeige an die Streitberufene hätte machen müssen. Das Bauunternehmen macht im Übrigen ohne weitere Begründung lediglich noch geltend, dass die Stiftung erst nach ihr vom fraglichen Umstand Kenntnis erlangt habe. In Anbetracht der Tatsache schliesslich, dass hier im Innenverhältnis keine echte Solidarität vorliegt, sowie angesichts der Selbständigkeit der Regressansprüche, konnte die vom Architekten veranlasste Streitverkündigung des Bauunternehmens nicht zugute kommen (vgl. BK-Brehm, N 89 zu Art. 51 OR).

Die Regressansprüche der Beklagten gegenüber der Streitberufenen sind demnach verwirkt, da sie 22 Monate zugewartet hatte, bevor sie dem Richter beantragt hatte, Y. sei zu verpflichten, sie (die Beklagte) gegen eine allfällige – auf Antrag der Klägerin erfolgte – Verurteilung zur Bezahlung eines Geldbetrages zu schützen. Indem die vorinstanzlichen Richter die von ihr gegen diese Partei widerklageweise geltend gemachten Ansprüche gutgeheissen haben, verletzten sie Bundesrecht.

6.2.3 Die Streitberufene rügt im Weiteren, dass die gegen sie gerichtete Regressklage des Architekten betreffend die im Oktober 1995 an die beiden bei der Explosion verletzten Personen, nämlich an eine Angestellte der Stiftung und – über die SUVA – an einen Bauarbeiter ausbezahlten Entschädigungen vom

kantonalen Gerichtshof gutgeheissen worden war. Ihrer Meinung nach ist die diesbezügliche Regressforderung verjährt, da sich die Streitverkündung nicht auf diese Entschädigungen bezogen habe. Im Weiteren sei der Architekt zum Zeitpunkt seiner Streitverkündung nicht Gläubiger der sich aus den fraglichen Entschädigungen ergebenden Regressforderung gewesen und seine Haftpflichtversicherung habe nichts unternommen, um die Verjährung im Verhältnis zu Y. zu unterbrechen.

Im Gegensatz zu den eben untersuchten Situationen entstand die vorliegende Regressklage gegen die Streitberufene nicht durch den von der Stiftung aufgrund der Explosion erlittenen Schaden. Sie hat ihren Ursprung vielmehr in demjenigen Schaden, welcher zwei natürlichen Personen aus demselben Ereignis erwachsen ist, wobei der Architekt beschlossen hatte, diese Personen, welche nie am Zivilprozess beteiligt waren, über seine Versicherung direkt zu entschädigen. Aufgrund der oben erläuterten Grundsätze verjährt die Regressklage desjenigen, welcher den Geschädigten befriedigt hat und welcher in keinem Vertragsverhältnis zum belangten Mitverantwortlichen steht, nach Ablauf eines Jahres, wobei die Frist in dem Moment zu laufen beginnt, in welchem der Geschädigte entschädigt worden ist. Die Regressklage des Architekten gegen Y. betreffend die Entschädigung der Angestellten der Stiftung und des Bauarbeiters verjährte somit Ende Oktober 1996. In seiner Streitverkündung vom 14. August 1996 hingegen – und somit vor Ablauf der Verjährungsfrist – hatte der Beklagte Y. den Streit sowohl betreffend den von der Stiftung wie den von Dritten erlittenen Schaden verkündet. Die Berufung auf die Verjährung ist somit unbegründet. Hingegen kann die zweite von der Streitberufenen geltend gemachte Rüge insoweit begründet sein, als sie die Frage betrifft, ob der Architekt im August 1996 tatsächlich Gläubiger einer Regressklage aufgrund der streitigen Entschädigungen (Taggelder) war. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

Aus dem angefochtenen Urteil geht hervor, dass diese Entschädigungen im Oktober 1995 von der Haftpflichtversicherung des Architekten bezahlt worden sind. Durch diese Zahlung trat sie in analoger Anwendung von Art. 72 VVG in die Rechte ihres Versicherten ein (BGE 130 III 362 E. 5.1 = Pra 2005 Nr. 7) und trat somit an die Stelle des Beklagten (Roland Brehm, Le

contrat d'assurance RC, Basel 1997, N 686). Von diesem Zeitpunkt an lag es in ihrer Kompetenz, eine Regressklage gegen Y. anzuheben. Die Versicherung hat jedoch ihrerseits gegen die Streitberufene nichts unternommen und hat insbesondere die Verjährung der Regressforderung nicht unterbrochen. Die Streitverkündung des Architekten im August 1996 hatte auf die Regressforderung, zu welcher in diesem Moment einzig die Versicherung legitimiert war, keinerlei Einfluss. In diesem Punkt hat die am 7. September 1999 vorgenommene Forderungsabtretung der Versicherung zu Gunsten des Architekten keinerlei Wirkung entfaltet, da die abgetretene Forderung bereits seit Oktober 1996 verjährt war.

Der kantonale Gerichtshof hat demnach Bundesrecht verletzt, indem er die Regressklage des Beklagten gegen die Streitberufene gutgeheissen hat in Bezug

auf die Taggelder, welche für den von der Heimangestellten und vom Arbeiter durch die Explosion erlittenen Schaden ausbezahlt worden waren.

6.3 Aufgrund dieser Erwägungen ist das angefochtenen Urteils in den folgenden zwei Punkten abzuändern: Erstens muss die Regressklage des Bauunternehmens gegen die Streitberufene vollumfänglich abgewiesen werden, was die Abänderung der Ziffer III des Dispositivs des Urteils zur Folge hat. Im Weiteren muss die Regressklage des Architekten gegen die Streitberufene insoweit abgewiesen werden, als sie die an eine der beiden bei der Explosion verletzten Personen und an die für die andere verletzte Person an die SUVA geleisteten Taggelder betrifft, was zur Abänderung der Ziffer V des Dispositivs führt.

7. [. . .]

10.092

Botschaft zu Via sicura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr

vom 20. Oktober 2010

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin
Sehr geehrte Frau Ständeratspräsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen einen Entwurf zur Änderung von Bundeserlassen, die zur Umsetzung von Via sicura erforderlich sind, mit dem Antrag auf Zustimmung. Der Entwurf beinhaltet Änderungen des Strassenverkehrsgesetzes, des Ordnungsbussengesetzes, des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung sowie der Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr.

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, die folgenden parlamentarischen Vorstösse abzuschreiben:

2004	P	04.3249	Erhalt der Fahrtauglichkeit (N 8.10.04, Marty Kälin)
2004	P	04.3404	Verhinderung schwerer Unfälle mit Lastwagen im Strassenverkehr (N 8.10.04, Marty Kälin)
2004	P	04.3472	Massnahmenkonzept gegen Raser (N 17.12.04, Hochreutener)
2004	P	04.3512	Stopp der Raserei (N 17.12.04, Teuscher)
2004	P	04.3516	SVG. Kein Verzicht auf Rückgriffsrecht bei Grobfahrlässigkeit (N 17.12.04, Joder)
2005	P	03.3352	Verkehrsregelnverordnung. Änderung (N 17.3.05, Simoneschi-Cortesi)
2005	P	05.3317	Mehr Verkehrssicherheit bei Motorradfahrern (N 7.10.05, Joder)
2006	P	06.3119	Wider die Bussenschlupflöcher (N 23.6.06, Hubmann)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin, sehr geehrte Frau Ständeratspräsidentin, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

20. Oktober 2010

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Die Bundespräsidentin: Doris Leuthard
Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

Übersicht

Noch immer sterben jedes Jahr im Strassenverkehr rund 350 Menschen und über 4700 werden schwer verletzt. Diese Verkehrsopfer müssen nicht einfach als Schicksal hingenommen werden, sondern deren Anzahl lässt sich signifikant – schätzungsweise um einen Viertel – reduzieren, wenn die in dieser Vorlage enthaltenen Massnahmen realisiert werden.

Ausgangslage

Trotz der positiven Entwicklung der letzten Jahre starben im Jahr 2009 349 Menschen infolge eines Strassenverkehrsunfalls und 4708 wurden schwer verletzt. Die Gesellschaft muss für die Opfer des Strassenverkehrs pro Jahr mehr als 5 Milliarden Franken für materielle Schäden aufwenden. Weit mehr als die Hälfte dieser Kosten entfällt auf reine Sachschäden. Daneben entstehen unter anderem Kosten für die medizinische Versorgung und für Produktionsausfälle auf dem Arbeitsmarkt.

Weitere markante Fortschritte in der Strassenverkehrssicherheit sind mit einer langfristig ausgerichteten, ganzheitlichen und kohärenten Politik möglich, die gezielt die Ursachen schwerer Unfälle bekämpft. Um die neue Politik tragfähig und realisierbar zu machen, wurde ein partizipativer Ansatz gewählt. Die neue Strassenverkehrs-Sicherheitspolitik Via sicura wurde «bottom-up» entwickelt, das heisst, in einem Projekt unter der Federführung des Bundesamtes für Strassen (ASTRA) wirkten rund 80 Personen aus Fachorganisationen, Interessenverbänden, Kantons- und Gemeindebehörden mit.

Im Vernehmlassungsverfahren hat sich gezeigt, dass die Anstrengungen des Bundes zur Verbesserung der Verkehrssicherheit grossmehrheitlich auf Zustimmung stossen und auch die meisten vorgeschlagenen Massnahmen Akzeptanz finden.

Mit den in dieser Botschaft vorgeschlagenen Massnahmen kann eine weitere markante Verbesserung der Sicherheit auf den Schweizer Strassen erreicht werden. Die Anzahl der getöteten (jährlich rund 350) und der schwer verletzten Menschen (jährlich rund 5000) kann um rund einen Viertel gesenkt werden.

Inhalt der Vorlage

Der Bundesrat hat aufgrund der Ergebnisse der Vernehmlassung auf die Weiterverfolgung stark umstrittener Massnahmen verzichtet, wie beispielsweise die Finanzierungsmassnahmen (Zuschlag auf der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungsprämie oder teilweise Zweckbindung der Verkehrsbusseneinnahmen für Verkehrssicherheitsprojekte) oder die obligatorische periodische Weiterbildung für alle Inhaber und Inhaberinnen des Führerausweises. Diese Vorlage enthält nur diejenigen Massnahmen, die im Vernehmlassungsverfahren breite Zustimmung gefunden haben und die eine Gesetzesänderung voraussetzen.

Mit dieser Vorlage trägt der Bundesrat auch den zahlreichen parlamentarischen Vorstössen Rechnung, die eine Verbesserung der Strassenverkehrssicherheit, insbesondere Massnahmen gegen schwere Geschwindigkeitswiderhandlungen, verlangen. Allein im Jahr 2009 wurden zudem 16 parlamentarische und kantonale Initiativen zum Thema «Raser» und «Raserinnen» eingereicht. Bei seinen Antworten auf die parlamentarischen Vorstösse hat der Bundesrat immer auf das Handlungsprogramm Via sicura verwiesen und beantragt, die Vorstösse, die weiter gehen als Via sicura, abzulehnen.

Dass gesetzliche Massnahmen positive Wirkungen auf die Verkehrssicherheit haben, zeigt die letzte grosse Revision des Strassenverkehrsgesetzes mit der Absenkung des Alkohol-Promillegrenzwertes zusammen mit der systematischen, verdachtsfreien Atem-Alkoholkontrolle, der Verschärfung der Administrativmassnahmen (Kaskadensystem beim Führerausweisentzug), dem Führerausweis auf Probe und der Zweiphasenausbildung für Neulenker und Neulenkerinnen. Seit diese Massnahmen im Jahr 2005 in Kraft getreten sind, konnte die Anzahl der getöteten Menschen im Strassenverkehr um rund 15 Prozent und jene der Schwerverletzten um rund 7 Prozent gesenkt werden.

Inhaltlich lassen sich die vorgeschlagenen Massnahmen in folgende Gruppen aufteilen:

Präventive Massnahmen: *zum Beispiel Verbot des Fahrens unter Alkoholeinfluss für bestimmte Personengruppen, generelle Verpflichtung zum Fahren mit Licht am Tag, Mindestalter von 7 Jahren zum Radfahren sowie Helmtragpflicht für Radfahrer und Radfahrerinnen bis 14 Jahre.*

Massnahmen zur besseren Durchsetzung bestehender Regeln: *zum Beispiel Massnahmen zur Qualitätssicherung bei Fahreignungsabklärungen, Einführung der beweissicheren Atem-Alkoholprobe, Verbot entgeltlicher und öffentlicher Warnungen vor Verkehrskontrollen, Befristung der Führerausweiskategorien und Verantwortung des Fahrzeughalters oder der Fahrzeughalterin für Ordnungsbussen.*

Repressive Massnahmen bei «Raserdelikten» und anderen schwerwiegenden Delikten: *zum Beispiel Fahrzeugeinziehung und -verwertung, obligatorische Fahreignungsabklärung beim Verdacht fehlender Fahreignung, Einbau von Datenaufzeichnungsgeräten sowie von Alkohol-Wegfahrsperren.*

Infrastrukturmassnahmen: *zum Beispiel Sanierung von Unfallschwerpunkten und Gefahrenstellen und Überprüfung der Strassenbauprojekte auf allfällige Verkehrssicherheitsdefizite («road safety audit»).*

Massnahmen zur Optimierung der Unfallstatistik: *zum Beispiel visuelle Darstellung der Unfälle auf der Landkarte zur Feststellung von Unfallschwerpunkten und Gefahrenstellen und verbesserte Auswertung der Unfalldaten.*

Inhaltsverzeichnis

Übersicht **8448**

1 Grundzüge der Vorlage **8453**

1.1 Ausgangslage 8453
1.1.1 Die Verkehrssicherheitslage in Europa 8454
1.1.2 Die Verkehrssicherheitslage in der Schweiz 8455
1.1.3 Die Schweiz im internationalen Vergleich 8458
1.1.4 Das aktuelle Unfallgeschehen in der Schweiz 8459
1.1.5 Das Handlungsprogramm Via sicura 8461

1.2 Untersuchte Lösungsmöglichkeiten 8462
1.2.1 Bestehende Möglichkeiten im Bereich des Strassenverkehrsrechts 8462
1.2.2 Finanzierungsvarianten 8462
1.2.3 Politische Vorstösse, insbesondere gegen «Raser» und «Raserinnen» 8463

1.3 Die beantragte Neuregelung 8464
1.3.1 Ansatz 8464
1.3.2 Vorgeschlagene Massnahmen 8466
1.3.2.1 Infrastruktursicherheit 8466
1.3.2.2 Verbot von Gigalinern 8466
1.3.2.3 Keine Begleitung auf Lernfahrten durch Personen, die nur den Führerausweis auf Probe besitzen 8467
1.3.2.4 Befristung der Führerausweiskategorien 8467
1.3.2.5 Alterslimite zum Führen von Motorfahrzeugen mit mehr als acht Sitzplätzen 8468
1.3.2.6 Abklärung der Fahreignung oder der Fahrkompetenz 8469
1.3.2.7 Nachschulung von fehlbaren Fahrzeuglenkenden 8470
1.3.2.8 Einsatz von Datenaufzeichnungsgeräten (Blackbox) 8470
1.3.2.9 Alkohol-Wegfahrsperre 8471
1.3.2.10 Neudefinition des Mindestalters für Radfahrer und Radfahrerinnen 8472
1.3.2.11 Mindestalter für Fuhrleute 8472
1.3.2.12 Qualitätssicherung bei der Fahreignungsabklärung 8473
1.3.2.13 Verbot für bestimmte Personengruppen, unter Alkoholeinfluss zu fahren 8474
1.3.2.14 Obligatorisches Fahren mit Licht am Tag 8475
1.3.2.15 Erhöhung der Velohelmtragquote 8476
1.3.2.16 Beweissichere Atem-Alkoholkontrolle 8477
1.3.2.17 Rückgriff der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen 8479
1.3.2.18 Einführung einer Schadenverlaufserklärung 8479
1.3.2.19 Informationssystem Verkehrszulassung 8480
1.3.2.20 Auskunftsberechtigung der Motorfahrzeug-Haftpflicht-versicherungen für Daten zu Administrativmassnahmen 8482
1.3.2.21 Optimierung der Strassenverkehrsunfall-Statistik 8483
1.3.2.22 Optimierung der Strassenverkehrskontroll-Statistik 8484
1.3.2.23 Einziehung und Verwertung von Motorfahrzeugen bei skrupelloser Tatbegehung 8484

1.3.2.24 Verbot von entgeltlichen Warnungen vor Verkehrskontrollen 8485
1.3.2.25 Einsatz für grenzüberschreitende Strafverfolgung 8486
1.3.2.26 Straffung des Ordnungsbussenverfahrens 8486
1.4 Vernehmlassungsverfahren 8487
1.4.1 Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens 8487
1.4.2 Nicht weiterverfolgte Massnahmen 8488
1.4.2.1 Finanzielle Unterstützung der Umsetzung 8488
1.4.2.2 Obligatorische Weiterbildung 8489
1.4.2.3 Verbot für Lieferwagenfahrer und Lieferwagenfahrerinnen, unter Alkoholeinfluss zu fahren 8489
1.4.2.4 Informationspflicht bei der Abgabe von Medikamenten 8489
1.4.2.5 Schaffung von Verkehrsgerichten 8490
1.4.2.6 Mindestanforderungen an die charakterliche Eignung 8490
1.5 Abstimmung von Aufgaben und Finanzen 8490
1.6 Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen und zum internationalen Recht 8492
1.6.1 Allgemeines 8492
1.6.2 Rechtsvergleich mit der Europäischen Union 8492
1.6.3 Verhältnis zum europäischen und internationalen Recht 8493
1.7 Umsetzung 8494
1.8 Erledigung parlamentarischer Vorstösse 8494
2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln 8496
2.1 Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 8496
2.2 Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 8516
2.3 Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr 8518
2.4 Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung 8519
3 Auswirkungen 8519
3.1 Auswirkungen auf den Bund 8519
3.1.1 Finanzielle Auswirkungen 8519
3.1.2 Personelle Auswirkungen 8520
3.1.3 Sonstige Auswirkungen 8520
3.2 Auswirkungen auf die Kantone 8520
3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft 8522
3.3.1 Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns 8522
3.3.2 Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen 8522
3.3.3 Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft 8522
3.3.4 Alternative Regelungen und Zweckmässigkeit im Vollzug 8523
3.4 Andere Auswirkungen 8523
4 Verhältnis zur Legislaturplanung 8523

5 Rechtliche Aspekte **8524**
5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit 8524
5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz 8525
5.3 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen 8525

Anhang

Übersicht über das Inkrafttreten der wichtigsten verkehrssicherheitsrelevanten Vorschriften des Strassenverkehrsrechts in der Schweiz 8527

Strassenverkehrsgesetz (SVG) *(Entwurf)* **8531**

Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr *(Entwurf)* **8561**

Von den Vorteilen der Atem-Alkoholprobe haben sich folgende Staaten überzeugen lassen: Grossbritannien (seit 1983), Österreich (1986), Niederlande (1989), Finnland (1990), Italien (1992), Luxemburg (1994) sowie Irland und Deutschland (1998).

1.3.2.17 Rückgriff der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen

Es gibt Versicherungsgesellschaften, die in ihren allgemeinen Versicherungsbedingungen gegen einen geringen Prämienzuschlag auf die Geltendmachung des Rückgriffs trotz grobfahrlässig verursachtem Unfallschaden verzichten. Damit setzen sie Signale, die den Interessen der Verkehrssicherheit zuwiderlaufen. Ein solcher vertraglich vereinbarter Verzicht auf das Rückgriffsrecht soll daher künftig nicht mehr möglich sein (Art. 65 Abs. 3 E-SVG).

Voraussetzung für den Rückgriff ist, dass der Versicherungsnehmer oder die Versicherungsnehmerin beziehungsweise der oder die Versicherte den Schaden grobfahrlässig verursacht haben (Art. 65 Abs. 3 E-SVG in Verbindung mit Art. 14 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908[62] über den Versicherungsvertrag). Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt grobfahrlässig, wer jene elementaren Vorsichtsgebote unbeachtet lässt, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgt hätte, um eine nach dem natürlichen Lauf der Dinge voraussehbare Schädigung zu vermeiden.[63] Im Strassenverkehr ist grobe Fahrlässigkeit in der Regel anzunehmen, wenn eine elementare Verkehrsvorschrift oder mehrere wichtige Verkehrsregeln schwerwiegend verletzt wurden und daraus ein Verkehrsunfall resultiert ist.[64]

Um zu verhindern, dass nur symbolisch Rückgriff genommen wird, ist es erforderlich festzulegen, wie der Rückgriff zu bemessen ist. Sachlich gerechtfertigt erscheinen als Kriterien das Ausmass des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der betroffenen Person. Diese Kriterien ermöglichen einen sachgerechten Rückgriff und verhindern, dass Widerhandlungen, welche die Schwelle zur Grobfahrlässigkeit nur knapp überschreiten, zu massiven Rückgriffsforderungen führen.

1.3.2.18 Einführung einer Schadenverlaufserklärung

Die individuelle Schadenbelastung ist ein wichtiges Element zur Festlegung der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungsprämie. Namentlich die vorsichtigen Fahrzeugführer und -führerinnen haben ein Interesse am Nachweis, wenn sie die Versicherung wechseln. Im EU-Raum sind solche Erklärungen heute schon zwingend.[65] Der Bundesrat schlägt vor, dass auch in der Schweiz die Versicherungen einen solchen Nachweis auf Verlangen dem Versicherungsnehmer oder der Versicherungsnehmerin aushändigen müssen (Art. 68*a* E-SVG).

62 SR **221.229.1**
63 z.B. in BGE **104** V 38 E. 1, BGE **102** V 25 E. 1, BGE **97** V 212 E. 2 mit Hinweisen.
64 z.B. in BGE 4C.286/2003.
65 Artikel 16 der Richtlinie 2009/103/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht, Fassung gemäss ABl L 263 vom 7.10.2009, S. 11.

c. die betroffene Person die Durchführung einer Blutalkoholanalyse verlangt.

3bis Eine Blutprobe kann angeordnet werden, wenn die Durchführung einer Atemalkoholprobe unmöglich oder nicht geeignet ist, um die Widerhandlung festzustellen.

6 Die Bundesversammlung legt in einer Verordnung fest:

a. bei welcher Atemalkohol- und bei welcher Blutalkoholkonzentration unabhängig von weiteren Beweisen und individueller Alkoholverträglichkeit Fahrunfähigkeit im Sinne dieses Gesetzes angenommen wird (Angetrunkenheit); und

b. welche Atemalkohol- und welche Blutalkoholkonzentration als qualifiziert gelten.

6bis Wurde sowohl die Atemalkoholkonzentration als auch die Blutalkoholkonzentration gemessen, so ist die Blutalkoholkonzentration massgebend.

Art. 57 Abs. 5 Bst. b

5 Der Bundesrat kann vorschreiben, dass:

b. Führer und Mitfahrer von motorisierten Zweirädern sowie von Leicht-, Klein- und dreirädrigen Motorfahrzeugen Schutzhelme tragen.

7. Abschnitt (Art. 57*b*)

Aufgehoben

Gliederungstitel vor Art. 57c

III*a*. Titel: Verkehrsmanagement

Art. 65 Abs. 3 zweiter und dritter Satz (neu)

3 … Wurde der Schaden durch eine grobfahrlässig begangene Verkehrsregelverletzung herbeigeführt, so muss der Versicherer Rückgriff nehmen. Der Umfang des Rückgriffs muss dem Verschulden und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Person Rechung tragen, auf die Rückgriff genommen wird.

Art. 68a (neu)

Schadenverlaufserklärung

Der Versicherer muss dem Versicherungsnehmer auf dessen Antrag innert 15 Tagen eine wahrheitsgetreue Schadenverlaufs- beziehungsweise eine Schadenfreiheitserklärung über die ganze Vertragslaufzeit,

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Bundesamt für Strassen ASTRA

Mehr Verkehrssicherheit dank Via sicura

Weniger Todesopfer und Verletzte auf den schweizerischen Strassen. Das ist das Ziel von Via sicura, dem Handlungsprogramm für mehr Sicherheit im Strassenverkehr. Das Parlament hat das Verkehrssicherheitspaket Via sicura am 15. Juni 2012 angenommen. Am 4. Oktober 2012 ist die Referendumsfrist unbenutzt abgelaufen. Die Massnahmen werden gestaffelt in Kraft gesetzt (vgl. Faktenblatt).

Die Zahl der Toten und Verletzten im Strassenverkehr ist in den letzten Jahren zwar stetig zurückgegangen. Dennoch starben auf den Schweizer Strassen im Jahr 2011 immer noch 320 Menschen und 4473 wurden schwer verletzt. Mit dem Verkehrssicherheitspaket Via sicura soll die Zahl der Verkehrsopfer nochmals um rund ein Viertel gesenkt werden. Der Bundesrat hatte im November 2008 die Vernehmlassung eröffnet, welche bis Mitte März 2009 dauerte. Im Februar 2010 nahm der Bundesrat von den Ergebnissen der Vernehmlassung Kenntnis und beauftragte das UVEK mit der Ausarbeitung einer Botschaft bis Ende 2010 sowie mit der Umsetzung der Massnahmen ohne Gesetzesänderung. Am 20. Oktober 2010 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zu Via sicura und überliess sie dem Parlament zur weiteren Bearbeitung. Dieses nahm die Vorlage am 15. Juni 2012 an.

Mit einer Reihe von Massnahmen sollen vor allem die bestehenden Vorschriften besser durchgesetzt und die grössten Unfallschwerpunkte beseitigt werden. Darüber hinaus wird auch die Prävention verstärkt. Die vorgeschlagenen Massnahmen werden eine weitere markante Verbesserung der Sicherheit auf unseren Strassen bringen.

Die Zielsetzung kann klar formuliert werden: Es sollen nur noch gut ausgebildete und voll fahrfähige Menschen in sicheren Fahrzeugen auf Fehler verzeihenden Strassen verkehren. Dazu müssen vor allem folgende Faktoren beeinflusst werden:

- das gesellschaftliche Problembewusstsein
- das Verhalten der Verkehrsteilnehmenden
- die Sicherheit der Fahrzeuge und der Strasseninfrastruktur

Das Massnahmenpaket setzt den Schwerpunkt auf die bessere Durchsetzung der bestehenden Regeln und Standards und nicht auf die Schaffung neuer Vorschriften. Für viele Massnahmen sind Gesetzesanpassungen nötig. Sie verteilen sich auf die folgenden Gruppen:

- **Präventive Massnahmen**: z. B. Verbot des Fahrens unter Alkoholeinfluss für bestimmte Personengruppen, generelle Verpflichtung zum Fahren mit Licht am Tag sowie ein Mindestalter von 6 Jahren für Radfahrer und Radfahrerinnen.

- **Massnahmen zur besseren Durchsetzung bestehender Regeln**: z. B. Massnahmen zur Qualitätssicherung bei Fahreignungsabklärungen, Einführung der beweissicheren Atem-Alkoholprobe, Verbot entgeltlicher und öffentlicher Warnungen vor Verkehrskontrollen und Verantwortung des Fahrzeughalters bzw.der Fahrzeughalterin für Ordnungsbussen.

- **Repressive Massnahmen bei schwerwiegenden Delikten wie z. B. bei «Rasern»:** Fahrzeugeinziehung und -verwertung, obligatorische Fahreignungsabklärung beim Verdacht fehlender Fahreignung, Einbau von Datenaufzeichnungsgeräten und Alkohol-Wegfahrsperren sowie längere Führerausweisentzüge und höhere Strafandrohungen bei Raserdelikten.

- **Infrastrukturmassnahmen**: z. B. Sanierung von Unfallschwerpunkten und Gefahrenstellen und Überprüfung der Strassenbauprojekte auf allfällige Verkehrssicherheitsdefizite («road safety audit»).

- **Massnahmen zur Optimierung der Unfallstatistik**: visuelle Darstellung der Unfälle auf der Landkarte zur Feststellung von Unfallschwerpunkten und Gefahrenstellen; verbesserte Auswertung der Unfalldaten.

Faktenblatt

Via sicura Faktenblatt(1)
03.12.2013 | 88 kb | PDF

Medienmitteilungen

«Via sicura»: Zweites Massnahmenpaket wird ab 1. Januar 2014 umgesetzt(2) (29.11.2013)

Umsetzung des zweiten «Via sicura»-Pakets: Eröffnung der Anhörung(3) (16.04.2013)

14.11.2012 - «Via sicura»: Erste Massnahmen treten am 1. Januar 2013 in Kraft(4)

20.10.2010 - Bundesrat verabschiedet Botschaft zu Via sicura(5)

Gesetz

Via sicura: Zweites Massnahmenpaket ab 1.01.2014 - Verordnungsentwürfe(6)

Änderung vom 15. Juni 2012 des Strassenverkehrsgesetzes(7)

Politische Geschäfte

Botschaft zu Via sicura - 20.10.2010(8)

Das Geschäft Via Sicura im Parlement(9)

Archiv

Archiv Via Sicura(10)

Alle Links dieser Seite(n)

1. http://www.astra.admin.ch/themen/verkehrssicherheit/00236/index.html?lang=de&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCEdIB5g2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--
2. http://www.astra.admin.ch/00638/index.html?lang=de&msg-id=51135
3. http://www.astra.admin.ch/00638/index.html?lang=de&msg-id=48516
4. http://www.astra.admin.ch/dokumentation/00109/00113/00491/index.html?lang=de&msg-id=46713
5. http://www.astra.admin.ch/dokumentation/00109/00113/00491/index.html?lang=de&msg-id=35758
6. http://www.astra.admin.ch/themen/verkehrssicherheit/00236/06301/index.html?lang=de
7. http://www.admin.ch/ch/d/as/2012/6291.pdf
8. http://www.admin.ch/ch/d/ff/2010/index0_49.html
9. http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20100092
10. http://www.astra.admin.ch/themen/verkehrssicherheit/00236/01917/index.html?lang=de

Bundesamt für Strassen (ASTRA)
Kontakt | Haftung, Datenschutz und Copyright

http://www.astra.admin.ch/themen/verkehrssicherheit/00236/index.html?lang=de

Via sicura - Faktenblatt

Massnahmen gemäss dem Bundesbeschluss vom 15. Juni 2012

Noch nicht umgesetzte Massnahmen:

1. geplantes Inkrafttreten nicht vor 2016

Massnahmen	Kurzbeschrieb der Massnahmen
Qualitätssicherung bei der Fahreignungsabklärung und Aktualisierung der medizinischen Mindestanforderungen	Festlegung durch den Bundesrat von gesamtschweizerisch einheitlichen Qualitätssicherungsmassnahmen bei der Fahreignungsabklärung und Anpassung der medizinischen Mindestanforderungen an den heutigen Stand der Wissenschaft und Technik (inkl. differenzierte Beschränkung des Führerausweises von Senioren).
Beweissichere Atemalkoholprobe	Die Atemalkoholprobe kann neu auch bei Werten von 0,80 Promille oder mehr unterschriftlich anerkannt und gerichtlich verwertet werden. Die Blutprobe wird nur noch ausnahmsweise durchgeführt (z.B. auf Verlangen der kontrollierten Person oder wenn Verdacht auf Betäubungsmittelkonsum besteht).
Nachschulung von fehlbaren Fahrzeuglenkern und Fahrzeuglenkerinnen	Pflicht zur Teilnahme an einem Nachschulungskurs, wenn der Führerausweis wegen Fahrens unter Alkohol- oder Betäubungsmitteleinfluss entzogen wird (auch bei Ersttätern, wenn die Blutalkoholkonzentration mind. 0,80 Promille beträgt) oder wenn der Führerausweis aus andern Gründen für mindestens sechs Monate entzogen wird (nur Wiederholungstäter).

2. geplantes Inkrafttreten nicht vor 2017

Einsatz von Datenaufzeichnungsgeräten bei Geschwindigkeitstätern (Blackbox)	Personen, denen der Führerausweis für mindestens zwölf Monate oder auf unbestimmte Zeit wegen Missachtung von Geschwindigkeitsvorschriften entzogen wurde, erhalten den Führerausweis mit der Auflage zurück, während fünf Jahren nur noch Motorfahrzeuge zu führen, die mit einem Datenaufzeichnungsgerät («Blackbox») ausgerüstet sind.
Alkohol-Wegfahrsperre	Personen, denen der Führerausweis auf unbestimmte Zeit wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand entzogen wurde, erhalten den Führerausweis - nach Durchführung einer Therapie und aufgrund einer günstigen Prognose - mit der Auflage zurück, während fünf Jahren nur noch Motorfahrzeuge zu führen, die mit einer Atemalkohol-Wegfahrsperre ausgerüstet sind.

Umgesetzte Massnahmen:

Paket 1: in Kraft getreten am 1. Januar 2013

Massnahmen	Kurzbeschrieb der Massnahmen
Infrastrukturmassnahme	Zur Verbesserung der Sicherheit von Fussgängerstreifen erhält der Bund die Kompetenz, in Zusammenarbeit mit den Kantonen Vorschriften über deren bauliche Ausgestaltung zu erlassen.
Keine Begleitung auf Lernfahrten durch Personen, die nur den Führerausweis auf Probe besitzen	Begleitpersonen müssen zusätzlich zu den bisherigen Anforderungen (mind. 23-jährig und 3 Jahre im Besitz der entsprechenden Kategorie) die Probezeit erfolgreich bestanden haben.
Abklärung der Fahreignung oder der Fahrkompetenz	Obligatorische Anordnung einer Fahreignungsuntersuchung bei bestimmten Tatbeständen: z. B. Konsum von Betäubungsmitteln mit hohem Suchtpotenzial, extreme Geschwindigkeitsüberschreitungen oder Schikanestopps.
Raserdelikte (Definition)	Als «Raser» gilt von Gesetzes wegen, wer die zulässige Geschwindigkeit wie folgt überschreitet: - um mindestens 40 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 30 km/h beträgt; - um mindestens 50 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 50 km/h beträgt; - um mindestens 60 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 80 km/h beträgt; - um mindestens 80 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit mehr als 80 km/h beträgt. Ebenso gilt als «Raser», wer durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht, namentlich durch waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen.
Höhere Mindestentzugsdauer des Führerausweises bei Raserdelikten	Der Führerausweis wird für mindestens zwei Jahre entzogen; im Wiederholungsfall für immer, mindestens aber für zehn Jahre.
Höhere Strafandrohung bei Raserdelikten	Die Strafandrohung für diese Delikte ist Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren.
Neudefinition des Mindestalters für Radfahrer und Radfahrerinnen	Das Mindestalter für das Rad fahren auf Hauptstrassen soll neu 6 Jahre betragen.
Mindestalter für Fuhrleute	Anhebung des Mindestalters für Fuhrleute auf 14 Jahre.
Einziehung und Verwertung von Motorfahrzeugen bei skrupelloser Tatbegehung	Bei qualifiziert groben Verkehrsregelnverletzungen (z. B. krasse Geschwindigkeitsüberschreitungen) und wenn die Einziehung aufgrund einer ungünstigen Prognose notwendig erscheint, kann das Gericht das Motorfahrzeug des Täters oder der Täterin einziehen und verwerten lassen.
Verbot von entgeltlichen oder öffentlichen Warnungen vor Verkehrskontrollen	Warnungen vor Polizeikontrollen sind verboten, wenn sie entgeltlich sind oder öffentlich erfolgen. Radarwarnungen durch die Polizei und unter Verkehrsteilnehmern und Verkehrsteilnehmerinnen fallen nicht unter das Verbot.

Massnahmen	Kurzbeschrieb der Massnahmen
Optimierung der Strassenverkehrsunfall-statistik	Das neue Strassenverkehrsunfall-Register vereinheitlicht und koordiniert die Abläufe zur Erfassung, Meldung und Auswertung von Strassenverkehrsunfällen. Bestehende Doppelspurigkeiten werden eliminiert. Diese Massnahme beinhaltet auch die Unfallursachenforschung und die Analyse der Schwerpunkte im Unfallgeschehen und der Gefahrenstellen.
Einsatz für grenzüberschreitende Strafverfolgung	Der Bundesrat kann mit ausländischen Staaten Vereinbarungen über die Auskunftserteilung aus Fahrzeug- und Fahrberechtigungsregistern sowie die Vollstreckung von Geldstrafen oder Bussen in eigener Kompetenz abschliessen.

Paket 1: in Kraft getreten am 1. Juli 2013

Massnahmen	Kurzbeschrieb der Massnahmen
Infrastrukturmassnahmen	Die Strasseneigentümer sollen ihr Strassennetz auf Unfallschwerpunkte und Gefahrenstellen analysieren und diese sukzessive beheben. Bund und Kantone haben einen Sicherheitsbeauftragen für ihr Strassennetz zu ernennen. Das Bundesamt für Strassen (ASTRA) wird den Strasseneigentümern Vollzugshilfen zur Verfügung stellen, damit sie der Verkehrssicherheit bei Planung, Bau, Unterhalt und Betrieb angemessen Rechnung tragen können.

Paket 2: in Kraft getreten am 1. Januar 2014

Massnahmen	Kurzbeschrieb der Massnahmen
Verbot für bestimmte Personengruppen, unter Alkoholeinfluss zu fahren	Das Fahren unter Alkoholeinfluss (≥ 0,10 Promille) ist verboten für: - Berufschauffeure (Lastwagen, Car, Gefahrguttransport) - Neulenkende (Inhaber Führerausweis auf Probe) - Fahrschüler und -schülerinnen - Fahrlehrer und -lehrerinnen - Begleitpersonen von Lernfahrten
Obligatorisches Fahren mit Licht am Tag	Motorwagen (z. B. Personenwagen, Liefer- und Lastwagen, Cars) und Motorräder müssen tagsüber mit Licht fahren. Von dieser Pflicht ausgenommen sind Mofas, E-Bikes und Velos sowie Fahrzeuge, die vor 1970 in Verkehr gesetzt wurden. Bei Missachtung des Lichtobligatoriums droht eine Busse von 40 Franken.
Einführung einer Schadenverlaufserklärung	Wer die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung wechseln will, kann von der bisherigen Versicherung eine Schadenverlaufs- oder Schadenfreiheitserklärung einfordern.
Straffung des Ordnungsbussenverfahrens	Ordnungsbussen müssen vom Halter oder von der Halterin eines Fahrzeugs bezahlt werden, wenn der Täter oder die Täterin nicht bekannt ist.

Paket 2: in Kraft getreten am 1. Juli 2014

Massnahmen	Kurzbeschrieb der Massnahmen
Abklärung der Fahreignung bei hoher Alkoholisierung	Obligatorische Anordnung einer Fahreignungsuntersuchung bei Fahren in angetrunkenem Zustand mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,6 Promille oder mehr.

Paket 2: in Kraft getreten am 1. Januar 2015

Massnahmen	Kurzbeschrieb der Massnahmen
Rückgriff der Motorfahrzeug-Haftpflicht-versicherungen	Bei Schäden, die in angetrunkenem oder fahrunfähigem Zustand oder durch ein Raserdelikt verursacht wurden, müssen die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen Rückgriff auf die Person nehmen, die den Unfall verursacht hat. Der Umfang des Rückgriffs richtet sich nach dem Verschulden und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Person.

Strassenverkehrsgesetz
(SVG)

Änderung vom 15. Juni 2012

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 20. Oktober 2010[1],
beschliesst:

I

Das Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958[2] wird wie folgt geändert:

Ersatz von Ausdrücken

[1] *Betrifft nur den französischen Text.*

[2] *In den Artikeln 76b Absatz 2 und 106 Absatz 1 wird der Ausdruck* «Bundesamt für Strassen» *durch* «ASTRA» *ersetzt.*

Ingress erstes Lemma

gestützt auf die Artikel 82 Absätze 1 und 2, 110 Absatz 1 Buchstabe a, 122 Absatz 1 und 123 Absatz 1 der Bundesverfassung[3],

Art. 1 Abs. 2 und 3

[2] Die Verkehrsregeln (Art. 26–57*a*) gelten für die Führer von Motorfahrzeugen und die Radfahrer auf allen dem öffentlichen Verkehr dienenden Strassen; für die übrigen Strassenbenützer nur auf den für Motorfahrzeuge oder Fahrräder ganz oder beschränkt offenen Strassen.

[3] Für das Inverkehrbringen von Motorfahrzeugen, Fahrrädern und Anhängern sowie von deren Bestandteilen gilt, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, das Bundesgesetz vom 12. Juni 2009[4] über die Produktesicherheit.

Art. 2 Abs. 3bis erster Satz

[3bis] Das Bundesamt für Strassen (ASTRA) verfügt die Massnahmen der örtlichen Verkehrsregelung auf den Nationalstrassen. …

1 BBl **2010** 8447
2 SR **741.01**
3 SR **101**
4 SR **930.11**

Art. 55 Abs. 3, 3bis, 6 und 6bis

3 Eine Blutprobe muss angeordnet werden, wenn:

a. Anzeichen von Fahrunfähigkeit vorliegen, die nicht auf Alkoholeinfluss zurückzuführen sind;

b. *Betrifft nur den französischen Text.*

c. die betroffene Person die Durchführung einer Blutalkoholanalyse verlangt.

3bis Eine Blutprobe kann angeordnet werden, wenn die Durchführung einer Atemalkoholprobe unmöglich oder nicht geeignet ist, um die Widerhandlung festzustellen.

6 Die Bundesversammlung legt in einer Verordnung fest:

a. bei welcher Atemalkohol- und bei welcher Blutalkoholkonzentration unabhängig von weiteren Beweisen und individueller Alkoholverträglichkeit Fahrunfähigkeit im Sinne dieses Gesetzes angenommen wird (Angetrunkenheit); und

b. welche Atemalkohol- und welche Blutalkoholkonzentration als qualifiziert gelten.

6bis Wurde sowohl die Atemalkoholkonzentration als auch die Blutalkoholkonzentration gemessen, so ist die Blutalkoholkonzentration massgebend.

Art. 57 Abs. 5 Bst. b

5 Der Bundesrat kann vorschreiben, dass:

b. Führer und Mitfahrer von motorisierten Zweirädern sowie von Leicht-, Klein- und dreirädrigen Motorfahrzeugen Schutzhelme tragen.

7. Abschnitt (Art. 57b)

Aufgehoben

Gliederungstitel vor Art. 57c

III*a*. Titel: Verkehrsmanagement

Art. 65 Abs. 3 zweiter und dritter Satz

3 … Wurde der Schaden in angetrunkenem oder fahrunfähigem Zustand oder durch ein Geschwindigkeitsdelikt im Sinne des Artikels 90 Absatz 4 verursacht, so muss der Versicherer Rückgriff nehmen. Der Umfang des Rückgriffs trägt dem Verschulden und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Person Rechnung, auf die Rückgriff genommen wird.